



Hinweis:
Diese Verfügung ist
nicht rechtskräftig

Referenz/Aktenzeichen: Vf 2023-12-20_005 / OS 41-00019

Bern, 20. Dezember 2023

Verfügung

der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom

Zusammensetzung Adrienne Corboud Fumagalli, Präsidentin, Christian Martin,
Vizepräsident, Stephanie Teufel, Flavia Verzasconi, Matthias
Grossglauser, Patrick Krauskopf, Jean Christophe Schwaab

in Sachen [...]

Gesuchstellerin

gegen [...]

Gesuchsgegnerinnen

betreffend **Gesuch um Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und
Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen**



Inhaltsverzeichnis

I	Prozessgeschichte	3
II	Erwägungen	4
1	Verfahrensvoraussetzungen	4
1.1	Allgemein	4
1.2	Zuständigkeit	4
1.3	Verfahrensgegenstand	6
1.4	Rechtsschutzinteresse	7
1.5	Form- und fristgerechte Einreichung	7
1.6	Verfahrensanträge	8
1.6.1	Wahrung von Geschäftsgeheimnissen	8
1.6.2	Konsultation der Wettbewerbskommission	8
2	Angebotspflicht gemäss Art. 35b FMG	10
2.1	Vorbringen der Parteien	11
2.2	Eruiierung des Adressatenkreises durch Auslegung der Norm	11
2.2.1	Allgemeines	11
2.2.2	Grammatikalische Auslegung	12
2.2.3	Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers?	13
2.2.4	Historische Auslegung	14
2.2.5	Teleologische Auslegung	15
2.2.6	Systematische Auslegung	15
2.2.7	Fazit der Auslegung	16
2.3	Lücke; Planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes	16
2.3.1	Allgemeines	16
2.3.2	Lückenfüllung; Normzweck von Art. 35b FMG	17
2.4	Fazit	19
III	Kosten	19



I Prozessgeschichte

Mit Datum vom 24. Februar 2023 reichte die [...] (Gesuchstellerin) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die [...] (Gesuchsgegnerinnen) ein. Sie stellte darin folgendes Rechtsbegehren:

1. *Es seien die Gesuchsgegnerinnen zu verpflichten, der Gesuchstellerin Zugang zu den Gebäudeeinführungspunkten in den jeweiligen FTTH-Glasfaseranschlussnetzen der Gesuchsgegnerinnen zu gewähren und es seien die Bedingungen zur Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen in den FTTH-Glasfaseranschlussnetzen gemäss Anlage A zu verfügen.*

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen.

Mit Schreiben des BAKOM vom 7. März 2023 erhielten die Gesuchsgegnerinnen Gelegenheit, bis zum 28. März 2023 zum Zugangsgesuch Stellung zu nehmen. Zugleich bemerkte das BAKOM, dass sich das Gesuch sowohl gegen die [...], als auch gegen [...] richtet. [...] wurde informiert, dass die Verfahrensakten aus prozessökonomischen Gründen nur an die [...] verschickt werden.

Mit Schreiben vom 16. März 2023 erklärten sich die Gesuchsgegnerinnen mit dem Versand der Verfahrensakten an die Gesuchsgegnerin 1 einverstanden.

Am 11. Mai 2023 reichten die Gesuchsgegnerinnen ihre Stellungnahme ein und stellten folgende Anträge:

1. *Auf das Gesuch der Gesuchstellerin vom 24. Februar 2023 sei nicht einzutreten.*
2. *Eventualiter sei das Gesuch der Gesuchstellerin vom 24. Februar 2023 abzuweisen.*

Alles unter Kostenfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

Zudem stellten die Gesuchsgegnerinnen folgende Verfahrensanträge:

1. *Alle Informationen und Beilagen, welche als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet sind bzw. benannt werden, seien als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und Dritten weder während des Verfahrens noch im Fall einer Entscheidpublikation offen zu legen.*
2. *Es sei die Wettbewerbskommission zur Frage zu konsultieren, welche Auswirkungen eine Zugangsverpflichtung gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG zu Lasten der Anbieterinnen von dark fibre (d.h. unbeschalteter Glasfaserkabel) auf den wirksamen Wettbewerb hätte.*

In ihrer Replik vom 28. Juni 2023 beantragte die Gesuchstellerin – unter gleichzeitigem Festhalten an den mit Gesuch vom 24. Februar 2024 gestellten Rechtsbegehren – Ziff. 2 der Verfahrensanträge der Gesuchsgegnerinnen abzuweisen.



Aktenzeichen: OS 41-00019

Die Gesuchsgegnerinnen reichten am 14. September 2023 ihre Duplik mit unveränderten Anträgen und Verfahrensanhträgen gemäss Stellungnahme vom 11. Mai 2023 ein.

Das BAKOM teilte den Parteien am 21. September 2023 mit, es beabsichtige, der ComCom zu beantragen, das Verfahren auf die Frage einer Angebotspflicht der Gesuchsgegnerinnen im Rahmen von Art. 35b FMG zu beschränken und in einer Teilverfügung über diese materiell-rechtliche Grundsatzfrage zu entscheiden.

Die Parteien reichten ihre Stellungnahmen zu dieser Frage am 5. Oktober 2023 ein. Sie erklärten sich beide mit dem Vorgehen einverstanden.

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

II Erwägungen

1 Verfahrensvoraussetzungen

1.1 Allgemein

Als Verwaltungsverfahren vor einer Bundesbehörde sind die Verfahren nach Art. 35b Abs. 5 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) in Verbindung mit Art. 57 FMG 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. 1 und Abs. 2 Bst. d sowie Art. 4 VwVG).

1.2 Zuständigkeit

Die Gesuchstellerin beantragt, es sei ihr im Sinne von Art. 35b Abs. 1 FMG Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung der für die fernmeldetechnische Übertragung bestimmten gebäudeinternen Anlagen bei den von den Gesuchsgegnerinnen gebauten und betriebenen Glasfasernetzen zu gewähren. Die Bedingungen für den Zugang und die Mitbenutzung seien im Rahmen einer privatrechtsgestaltenden Verfügung von der ComCom anzuordnen.

Die Gesuchsgegnerinnen bestreiten, passivlegitimiert zu sein und den Zugangsverpflichtungen von Art. 35b Abs. 2 FMG zu unterliegen, weil sie keine Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) seien. Es könne deshalb auch keine Streitigkeit zwischen Anbieterinnen von Fernmeldediensten im Sinne von Art. 35b Abs. 5 FMG vorliegen. Nach Art. 35b Abs. 5 FMG sei die ComCom nur bei Streitigkeiten zwischen FDA zuständig. Weil keine Streitigkeit zwischen FDA vorliege, sei die ComCom entsprechend nicht für die Behandlung des Gesuchs zuständig. Die Anwendbarkeit dieser Normen sowie die daraus folgende Zuständigkeit der ComCom sei durch Auslegung des Gesetzes zu beantworten.



Die Verwaltungsbehörden sind verpflichtet, ihre Zuständigkeit in sachlicher, örtlicher und funktioneller Hinsicht von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 7 Abs. 1 VwVG). Die Zuständigkeit ist eine Verfahrens- bzw. Sachentscheidungsvoraussetzung. Als solche ist sie von Amtes wegen zu prüfen. Die Behörde hat sich also unabhängig davon, ob eine Partei diese Frage aufwirft, mit ihrer eigenen Entscheidzuständigkeit zu befassen. Dies entspricht dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz, wonach es nicht vom Willen der Parteien abhängen kann, ob die gesetzlich vorgegebenen Grenzen, innerhalb welcher ein rechtswirksamer Entscheid gefällt werden darf, eingehalten werden. Dementsprechend verfügt die entscheidende Instanz – unabhängig von ihrer Prüfungsbefugnis in der Hauptsache – bezüglich der Zuständigkeitsfrage über freie Kognition (vgl. THOMAS FLÜCKIGER, in: BERNHARD WALDMANN/PATRICK L. KRAUSKOPF, VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2023, S. 154, Rz. 22). Aus der Zuständigkeit ergibt sich, womit sich eine Behörde zu befassen hat und womit nicht. Somit ergibt sich für die Rechtspflege, dass die Zuständigkeitsordnung den Kreis der Streitsachen beschreibt, die einer bestimmten rechtsanwendenden Behörde zur Behandlung und Entscheidung gesetzlich zugewiesen und aufgetragen ist (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2., überarbeitete Auflage, Bern 1983, S. 76). Fehlt es an der Zuständigkeit kann die angerufene Instanz die Sache nicht materiell behandeln. Ist eine Behörde nicht zuständig, fällt sie einen Nichteintretensentscheid.

Der Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung der Hausinstallationen wird im Grundsatz durch Art. 35b FMG und im Detail durch die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen in Art. 78b ff. der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 784.101.1) geregelt. Art. 35b Abs. 1 bis 4 FMG richten sich in ihrem Wortlaut an Liegenschaftseigentümerinnen und Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Was das Verfahren anbelangt, ist Art. 35b Abs. 5 FMG zu beachten, welcher lediglich von Anbieterinnen von Fernmeldediensten spricht. Dazu ist zu bemerken, dass es bei dieser Bestimmung gemäss den Ausführungen in der Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017 darum geht, festzuhalten, dass nur Streitigkeiten zwischen FDA von der ComCom beurteilt werden und solche zwischen FDA und Liegenschaftseigentümern nicht (BBl 2016 6559, S. 6645). Die materiell-rechtlichen Verpflichtungen und die sich daraus ergebenden prozessualen Voraussetzungen sind insofern konzis geregelt.

Ginge es im vorliegenden Verfahren einzig um die Feststellung, ob die Gesuchsgegnerinnen im Sinne des FMG als FDA gelten und in dieser Eigenschaft der Angebotspflicht von Art. 35b FMG unterstehen, so wäre die materiell-rechtliche Frage nach der Angebotspflicht deckungsgleich mit der formell-rechtlichen Frage nach der «Passivlegitimität»: nur eine FDA ist verpflichtet und folglich kann bei der ComCom auch nur gegen eine FDA ein Gesuch eingereicht werden. Anders gesagt wäre auf ein Gesuch gegen eine Nicht-FDA nicht einzutreten.



Diese Sichtweise würde aber zu kurz greifen. Wie den nachfolgenden materiellen Erwägungen entnommen werden kann, geht es vorliegend nicht einzig darum, ob die Gesuchsgegnerinnen als FDA im Sinne der Legaldefinition zu gelten haben. Vielmehr ist in der Sache strittig und zu beurteilen, ob der geltende Rechtsrahmen der Gesuchstellerin gegenüber den Gesuchsgegnerinnen grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und auf Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen vermittelt. Dies wäre einerseits der Fall, wenn die Gesuchsgegnerinnen gemäss FMG als FDA gelten würden oder andererseits, wenn die Auslegung der relevanten Rechtsbestimmungen ihnen aus anderen Gründen die entsprechenden Pflichten auferlegen würden.

Die ComCom entscheidet gemäss Art. 35b Abs. 5 FMG über Streitigkeiten zwischen Anbieterinnen von Fernmeldediensten betreffend den Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt oder die Bedingungen der Mitbenutzung auf Gesuch hin. Ob die Gesuchsgegnerinnen auch Adressatinnen dieser Norm sind, obwohl sie davon ausgehen, nicht FDA zu sein, ist anhand einer Prüfung dieser Norm zu klären, wofür die ComCom zuständig ist. Somit ist auf das Gesuch einzutreten.

1.3 Verfahrensgegenstand

Die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens dient der Anwendung bestimmter verwaltungsrechtlicher Normen auf einen konkreten Sachverhalt. Die aufgeworfenen Rechtsfragen bilden den Verfahrensgegenstand (PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2018, S. 243). Das Zugangsverfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmelderechts setzt ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus. Folglich kann sich die Sachverhaltsermittlung der Behörde in einem Verfahren, das durch ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingeleitet wird, nicht beliebig entfalten. Sie hat sich vielmehr in dem Rahmen zu bewegen, den die gesuchstellende Partei mit ihrem Begehren und ihren Ausführungen zur Grundlage für die beantragte Leistung oder Anordnung vorgezeichnet hat (vgl. CHRISTOPH AUER / MARTINA ANJA BINDER, VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2019, S. 214, Rz. 9).

Mit dem anlässlich der letzten Revision des Fernmeldegesetzes neu eingefügten Art. 35b FMG wird «primär eine einvernehmliche Einigung zwischen den zugangssuchenden FDA und den Liegenschaftseigentümerinnen und Liegenschaftseigentümern bzw. den FDA mit Nutzungsrechten angestrebt. Eine Festlegung der Bedingungen durch die ComCom ist nur im Einzelfall und auf Gesuch hin vorgesehen» (BBl 2017 6559, 6644).

Die Gesuchstellerin beantragt, die ComCom solle die Gesuchsgegnerinnen verpflichten, Zugang zu den Gebäudeeinführungspunkten in ihren jeweiligen FTTH-Glasfaseranschlussnetzen zu gewähren sowie die Bedingungen zur Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen in den FTTH-Glasfaseranschlussnetzen verfügen. Die Parteien haben bisher erfolglos über die Zugangs- und Mitbenutzungsbedingungen verhandelt. Ihre Verhandlungen haben allerdings noch nicht aus einer regulierten, sondern nur aus einer kommerziellen Perspektive stattgefunden, zumal sich die Gesuchsgegnerinnen nicht durch Art. 35b FMG verpflichtet fühlten. Folglich liegt bis anhin auch kein Angebot der Gesuchsgegnerinnen vor, welches unter



der Prämisse der Regulierung gemacht worden wäre und von der ComCom im Rahmen des vorliegenden Verfahrens überprüft werden könnte. Aus prozessökonomischen Gründen ist es deshalb angezeigt, das Verfahren vorläufig auf die Grundsatzfrage zu beschränken, ob die Gesuchsgegnerinnen gestützt auf die geltenden Rechtsgrundlagen ein reguliertes Angebot machen müssen.

Sollte die nachfolgende materielle Prüfung der Rechtslage dazu führen, dass die Gesuchsgegnerinnen entgegen ihrer Meinung im Sinne von Art. 35b FMG angebotspflichtig sind, würde das Verfahren im Hinblick auf die Überprüfung der von den Gesuchsgegnerinnen angebotenen Bedingungen dann wieder weitergeführt, wenn die Gesuchstellerin mit diesen Bedingungen nicht einverstanden wäre. Im Sinne eines materiellrechtlichen Zwischenentscheides wird hier somit nur auf die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 35b FMG auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien eingegangen. Die konkreten Bedingungen würden dann verfügt, wenn die Frage der Angebotspflicht rechtskräftig geklärt ist und die Gesuchstellerin die Überprüfung des Angebots weiterhin verlangt.

Auf den genannten Gründen wird das Verfahren auf die Grundsatzfrage der Angebotspflicht beschränkt. Die allfälligen Bedingungen des Zuganges sind demnach nicht Gegenstand der vorliegenden Verfügung.

1.4 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 TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. Bern 2014, § 30, Rz. 29). Das schutzwürdige Interesse muss nicht zwingend ein rechtliches sein; auch ein bloss tatsächliches kann genügen. Das geforderte Interesse muss aber grundsätzlich aktueller und praktischer Natur sein. Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass die Behörde konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet, und es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 129, E. 1, S. 131).

Würde das Gesuch vom 24. Februar 2023 gutgeheissen, so wären die Gesuchsgegnerinnen im Sinne von Art. 35b FMG verpflichtet, Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt zu gewähren und die Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen zu ermöglichen. Damit besteht für die Gesuchstellerin ohne weiteres ein aktuelles, praktisches und damit schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung ihres Gesuchs.

1.5 Form- und fristgerechte Einreichung

Gemäss Art. 78c Abs. 6 FDV richtet sich das Verfahren bei Streitigkeiten über den Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen sinngemäss nach den Artikeln 70 bis 74 FDV.

Das Gesuch vom 24. Februar 2023 entspricht den Anforderungen an die Form und die Frist im Sinne von Art. 70 FDV.



1.6 Verfahrensanträge

1.6.1 Wahrung von Geschäftsgeheimnissen

Mit Eingabe vom 11. Mai 2023 beantragen die Gesuchsgegnerinnen die Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse. Die Wahrung dieser Geschäftsgeheimnisse werde nur gegenüber Dritten verlangt, nicht aber gegenüber der Gesuchstellerin.

Parteien haben ein legitimes Interesse, dass ihre Geschäftsgeheimnisse gegenüber Dritten nicht offengelegt werden. Geschäftsgeheimnisse, die einer Akteneinsicht entgegenstehen können, fallen unter die privaten Geheimhaltungsinteressen (RENÉ WIEDERKEHR/CHRISTIAN MEYER/ANNA BÖHME, in: VwVG Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weitere Erlassen, 2022, S. 418, Rz. 23). Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV umfasst das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Akts zur Sache äussern zu können (vgl. BGE 136 I 184 Erw. 2.2.1; 122 II 274 Erw. 6b). Das Recht auf Geheimhaltung von Geschäftsinteressen und das rechtliche Gehör stehen mithin in einem Spannungsverhältnis. Allerdings beantragen die Gesuchsgegnerinnen die Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse explizit nur gegenüber Dritten und nicht gegenüber der Gesuchstellerin. Somit wird der Anspruch auf Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im vorliegenden Verfahren gegenüber der Gesuchstellerin nicht geltend gemacht.

Bezüglich Geschäftsgeheimnissen in Entscheiden kann darauf hingewiesen werden, dass die ComCom ihre Entscheide grundsätzlich so verfasst, dass diese keine Geschäftsgeheimnisse enthalten. Der Grund dafür liegt darin, dass die Verfahrensparteien in den Verfahren vor der ComCom meist bereits gegenüber der Gegenpartei Geschäftsgeheimnisse geltend machen. Es wäre mit der Begründungspflicht und den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs nicht vereinbar, Verfügungen zu treffen, deren Motive den Adressaten nicht vollständig bekannt gegeben werden können. Sollte es aufgrund einer anderen Sachlage notwendig sein, Geschäftsgeheimnisse im Rahmen der Begründung einer Verfügung zu behandeln, so würden die fraglichen Stellen nur abgedeckt publiziert. Dies ist in der Praxis der ComCom bis anhin nicht vorgekommen.

Darüber hinaus sind Geschäftsgeheimnisse durch das massgebliche Verfahrensrecht und die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses geschützt. Dieser Schutz gilt übrigens auch nach Abschluss des Verfahrens im Rahmen des Öffentlichkeitsgesetzes. Dem Antrag kann vor diesem Hintergrund stattgegeben werden.

1.6.2 Konsultation der Wettbewerbskommission

Des Weiteren beantragen die Gesuchsgegnerinnen in ihrer Eingabe vom 11. Mai 2023, es sei die Wettbewerbskommission zur Frage der Auswirkungen einer Zugangsverpflichtung gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG zu Lasten der Anbieterinnen von *dark fibre* auf den wirksamen Wettbewerb zu konsultieren. Wenn Anbieterinnen von *dark fibre* verpflichtet würden, den Zugang zum letzten Teil der Glasfasernetze (von BEP bis OTO) zu einem regulierten Preis zu gewähren, wäre deren Geschäftsmodell grundsätzlich in Frage gestellt. Entsprechend wäre mit einem



Ausscheiden der Anbieterinnen von *dark fibre* aus dem Markt zu rechnen. Dies sei mit dem in Art. 1 FMG namentlich genannten Hauptzweck des Fernmeldegesetzes (Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs beim Erbringen von Fernmeldediensten) unvereinbar. Die WEKO könne zu den Auswirkungen einer Zugangsverpflichtung gem. Art. 35b Abs. 2 FMG auf den wirksamen Wettbewerb konsultiert werden. Dies ergebe sich aus Art. 63a FDV e contrario, wonach (einzig) die Art. 64-68 FDV nur im Verhältnis zu marktbeherrschenden Anbieterinnen gelten, nicht aber die verfahrensrechtlichen Bestimmungen von Art. 70-74 FDV. Da sich die Regelung zur Stellungnahme der WEKO unter Art. 72 FDV befinde, gelte diese Bestimmung eben nicht «nur im Verhältnis zu marktbeherrschenden Anbieterinnen». Die Gesuchsgegnerinnen führen verschiedene Gründe auf, warum eine Konsultation der WEKO zwingend notwendig wäre.

Die Gesuchstellerin beantragt in ihrer Eingabe vom 28. Juni 2023, den Antrag abzuweisen. Art. 35b Abs. 5 Satz 2 FMG verweise in verfahrensrechtlicher Hinsicht und bezüglich der massgeblichen Zuständigkeitsordnung lediglich auf die sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 11b FMG, wonach Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus Verfügungen über den Zugang durch die Zivilgerichte zu beurteilen seien. Ein Verweis auf Art. 11a Abs. 2 FMG werde jedoch beim Verfahren gemäss Art. 35b FMG gerade unterlassen. Auch aus dem angerufenen Art. 72 FDV könnten die Gesuchsgegnerinnen nichts für ihren Rechtsstandpunkt ableiten. Als Ausführungsbestimmung von Art. 11a FMG – welcher im vorliegenden Kontext gerade nicht anwendbar sei – werde dort lediglich im Sinne einer Verfahrens- bzw. Ordnungsvorschrift festgehalten, innert welcher Frist die Wettbewerbskommission eine Stellungnahme abzugeben habe.

Das BAKOM konsultiert die Wettbewerbskommission, wenn die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen ist (Art. 11a Abs. 2 FMG, Art. 72 FDV, Art. 8 Abs. 1 Bst. f des Geschäftsreglements der ComCom vom 6. November 1997 [SR 784.101.115]). Der in diesem Fall zur Anwendung gelangende Art. 35b FMG wurde als symmetrische und nicht als asymmetrische Regulierung in das Gesetz aufgenommen. Dies bedeutet, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht Voraussetzung für die Angebotspflicht ist. Die Frage der Marktbeherrschung stellt sich im vorliegenden Verfahren deshalb nicht und somit besteht entgegen der Meinung der Gesuchsgegnerinnen keine rechtliche Grundlage für das BAKOM, im Rahmen der Verfahrensinstruktion die Wettbewerbskommission zu konsultieren. Art. 78c FDV bestimmt zwar, dass sich das Verfahren bei Streitigkeiten über den Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen sich sinngemäss nach den Artikeln 70–74 FDV richtet und Art. 72 FDV enthält die Vorschrift, dass die Weko ihre Stellungnahme innert vier Monaten abgibt, *wenn* sie beigezogen wird. Wie die Gesuchstellerin zu Recht ausführt, kommt dieser Norm jedoch lediglich der Charakter einer Verfahrens-, insb. als Beschleunigungsvorschrift zu. Die Frage, *ob* die Weko konsultiert wird, regelt demgegenüber Art. 11a FMG. Dies ist nur der Fall, wenn sich die Frage der Marktbeherrschung stellt, was vorliegend wie erwähnt nicht zutrifft.

Da das allgemeine und das sektorspezifische Wettbewerbsrecht parallel Anwendung finden, wäre auch nicht ausgeschlossen, dass sich die Weko mit dem vorliegenden Sachverhalt befasst und diesen auf seine Vereinbarkeit mit dem Kartellgesetz überprüfen würde. Eine



entsprechende Prüfung wäre allerdings im Rahmen der im Kartellrecht dafür vorgesehenen Verfahren durchzuführen. Es ist hingegen nicht vorgesehen, dass das BAKOM die Weko in einem Verfahren gemäss Art. 35b FMG beizieht, welchem eine symmetrische Angebotspflicht zugrunde liegt. Der zweite Verfahrens Antrag ist folglich abzulehnen.

2 Angebotspflicht gemäss Art. 35b FMG

Wie im Rahmen der Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen ausgeführt (vgl. oben Ziff. 1.2 und 1.3) ist nachfolgend zu prüfen, ob Art. 35b FMG auf das Verhältnis zwischen den Parteien Anwendung findet respektive ob die Gesuchstellerin gestützt auf diese Norm einen Anspruch auf Zugang zu den Anlagen der Gesuchsgegnerinnen geltend machen kann.

Art. 35b FMG sieht betreffend Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlage im Grundsatz folgendes vor:

Jede Anbieterin von Fernmeldediensten hat das Recht auf Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und auf Mitbenutzung der für die fernmeldetechnische Übertragung bestimmten gebäudeinternen Anlagen, soweit dies technisch vertretbar ist und keine anderen wichtigen Gründe für eine Verweigerung vorliegen (Art. 35b Abs. 1 FMG).

Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer sowie Anbieterinnen von Fernmeldediensten haben die Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu gewähren (Art. 35b Abs. 2 FMG).

Die Gesuchsgegnerinnen machen im vorliegenden Verfahren keine technischen oder andere wichtigen Gründe geltend, die zu einer Verweigerung des Zuganges führen könnten. Die Gesuchstellerin sollte somit gemäss Abs. 1 von Artikel 35b FMG Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt erhalten. Abs. 2 bestimmt die Art und Weise der Zugangsgewährung, betont die Gebote der nichtdiskriminierenden und transparenten Gewährung, grenzt gemäss seinem Wortlaut aber den Adressatenkreis der Angebotspflichtigen auf Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer sowie Anbieterinnen von Fernmeldediensten ein.

Vorliegend ist fraglich, ob die vorgesehenen Ansprüche im Sinne von Art. 35b Abs. 2 FMG gegenüber den Gesuchsgegnerinnen geltend gemacht respektive ob diese unter die Norm subsumiert werden können.

Unbestritten ist, dass es sich beim vorgebrachten Sachverhalt um eine Streitigkeit über den Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Bedingungen der Mitbenutzung gemäss Art. 35b FMG handelt, dass die Gesuchstellerin eine FDA ist und dass die Gesuchsgegnerinnen keine Liegenschaftseigentümerinnen sind. Letztere bezeichnen sich selbst als Erbauerinnen und Betreiberinnen des Glasfasernetzes von der Anschlusszentrale oder – was uns in casu beschäftigt – vom Gebäudeeinführungspunkt (*building entry point*, BEP) bis zur optischen Telekommunikationssteckdose (*optical telecommunications outlet*, OTO) (vgl. Eingabe vom 11. Mai 2023, S. 8, Rz. 16).



Strittig zwischen den Parteien ist hingegen, ob die Gesuchsgegnerinnen als Anbieterinnen von Fernmeldediensten angesehen werden können, und somit Art. 35b Abs. 2 FMG unterstehen. Denn gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung müssten sie nur in diesem Fall Zugang gewähren.

2.1 Vorbringen der Parteien

Die Gesuchstellerin bringt bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 35b FMG auf die Gesuchsgegnerinnen vor, letztere seien Infrastrukturanbieterinnen bzw. Betreiberinnen von Glasfasernetzen und deren Geschäftsmodell grundsätzlich darin bestehe, Netze zu bauen, zu finanzieren und zu betreiben, ohne selbst mit Endkunden in einer Vertragsbeziehung hinsichtlich der Erbringung von Dienstleistungen zu stehen. Unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente würden unter dem Begriff «Anbieterin von Fernmeldediensten» im Sinne von Art. 35b FMG auch sog. «FTTH-Betreiberinnen» bzw. reine Infrastrukturbetreiberinnen fallen und mithin auch die Gesuchsgegnerinnen als Glasfasernetzbetreiberinnen, welche Dritten auf Wholesalestufe Übertragungskapazitäten in Form von *dark fibre* zur Verfügung stellen und somit Adressatinnen von Zugangsgesuchen sein können.

Die Gesuchsgegnerinnen sind demgegenüber der Auffassung, der Wortlaut von Art. 35b Abs. 2 FMG verpflichte nur FDA, nicht aber Anbieterinnen von *dark fibre*. Die weiteren Auslegungselemente würden keinerlei Hinweise darauf enthalten, dass der klare Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Norm entsprechen würde. Insbesondere entspreche allein die Verpflichtung von FDA dem Sinn und Zweck der relevanten Gesetzesnorm, da nur bei diesen die Missbrauchsgefahr einer Zugangsverweigerung zum Schutz eigener Fernmeldedienstangebote bestehe. Schlussfolgernd würden die verschiedenen Auslegungsmethoden zum Ergebnis führen, dass die Gesuchsgegnerinnen unter Art. 35b Abs. 2 FMG nicht passivlegitimiert seien.

2.2 Eruierung des Adressatenkreises durch Auslegung der Norm

2.2.1 Allgemeines

Vorliegend ist anhand einer Auslegung von Art. 35b FMG die Frage zu beurteilen, ob die Gesuchsgegnerinnen dieser Norm unterstehen. Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung ist der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalisches Element). An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 144 IV 97, Erw. 3.1.1; BGE 143 IV 122 Erw. 3.2.3; BGE 142 IV 105 Erw. 5.1; je mit Hinweisen).



2.2.2 Grammatikalische Auslegung

In erster Linie ist vom Wortlaut der anwendbaren Bestimmungen auszugehen. Gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG richtet sich die Gewährungspflicht neben «Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer» explizit an «Anbieterinnen von Fernmeldediensten». Die französisch- und italienischsprachigen Fassungen dieser Norm stimmen im Wortlaut mit der deutschsprachigen überein. Der Wortlaut bezieht sich in allen drei Amtssprachen einzig auf Anbieterinnen von Fernmeldediensten («fournisseurs de services de télécommunication», «fornitori di servizi di telecomunicazione»). Er ist unzweideutig und klar.

Um die Frage zu beantworten, wer als Anbieterin von Fernmeldediensten gilt, ist auf die vorhandene Legaldefinition des Begriffs «Fernmeldedienst» in Art. 3 FMG abzustellen.

Ein Fernmeldedienst ist gemäss Art. 3 Bst. b FMG als «fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte» definiert. Eine «fernmeldetechnische Übertragung» wiederum wird in Art. 3 Bst. c FMG als «elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk» definiert. Gemäss AMGWERT/SCHLAURI gilt auch das Anbieten von Übertragungskapazität als fernmeldetechnische Übertragung (vgl. MATTHIAS AMGWERT/SIMON SCHLAURI, Telekommunikation, in: GIOVANNI BIAGGINI/ISABELLE HÄNER/URS SAXER/MARKUS SCHOTT (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, S. 223, Rz. 6.61). «Informationen» sind gemäss der Legaldefinition in Art. 3 Bst. a FMG «für Menschen, andere Lebewesen oder Maschinen bestimmte Zeichen, Signale, Schriftzeichen, Bilder, Laute und Darstellungen jeder anderen Art».

Somit gilt als FDA, wer Informationen für Dritte fernmeldetechnisch überträgt.

Diese Definition trifft auf die Gesuchsgegnerinnen nicht zu, da diese selbst auf ihren FTTH-P2P-Glasfasernetzen keine Informationen für Dritte übertragen. Es trifft zwar zu, dass der Begriff der FDA gerade auch an der Schnittstelle im Bereich der Abgrenzung zwischen dem Überwachungs- und dem Fernmelderecht umstritten ist und teilweise nicht über scharfe Konturen verfügt. Auch dürften sich künftig im Zusammenhang mit der Akzentuierung der Problematik von Cybervorfällen Fragen stellen, an welche Voraussetzungen welche Pflichten geknüpft werden sollen. Für den vorliegend zu beurteilenden Fall ist jedoch die Definition des FMG massgebend, welche dazu führt, dass die Gesuchsgegnerinnen nicht als FDA im Sinn dieses Gesetzes qualifiziert werden können. Es fehlt bei ihnen am relevanten Tatbestand des Sendens oder des Empfangens von Informationen.

In grammatikalischer Hinsicht ergibt die Auslegung, dass Art. 35b Abs. 2 FMG neben den Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern nur Anbieterinnen von Fernmeldediensten in die Pflicht nimmt. Die Gesuchsgegnerinnen bieten keine Fernmeldedienste an und sind somit vom reinen Wortlaut der Bestimmung ausgenommen.

Der Gesetzgeber hat in Art. 35b Abs. 2 FMG neben den FDA auch die Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer zur Zugangsgewährung verpflichtet. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, warum er Unternehmen wie die Gesuchsgegnerinnen, welche Glasfasernetze inklusive gebäudeinternen Anlagen erstellen und betreiben, im Wortlaut von



Art. 35b FMG nicht auch erwähnt hat. Diese stellen im Rahmen der Erschliessung von Gebäuden mit Glasfaseranschlüssen eine eigenständige Kategorie dar, welche irgendwo zwischen den im Wortlaut genannten Pflichtigen Kategorien liegen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber diese Kategorie bewusst ausnehmen wollte und somit von einem qualifizierten Schweigen auszugehen wäre. Einen Grund für diese Ausnahme ist a priori nicht ersichtlich und wird auch nicht im Gesetz oder in dessen Materialien erklärt. Dazu ist insbesondere folgendes zu bemerken: Wie nachfolgend aufgezeigt wird, wollte man mit Art. 35b FMG die Mitbenutzung der ins Auge gefassten Telecom-Infrastrukturen unabhängig von Eigentums- oder Nutzungsrechten gewährleisten. Weil die Verhältnisse zwischen den an der Glasfasererschliessung beteiligten Unternehmen in juristischer Hinsicht auf verschiedene Arten mittels dinglicher oder obligatorischer Rechte ausgestaltet werden können, hat man nicht nur die FDA sondern auch die Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer der Zugangsgewährungspflicht unterstellt. Wenn nun sogar Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer erfasst werden, stellt sich doch die Frage, ob der Gesetzgeber Infrastruktur-Anbieterinnen wie die Gesuchsgegnerinnen bewusst ausnehmen wollte. Wäre dem so, müsste man sich fragen, ob der Gesetzgeber wirklich davon ausging, dass eine interessierte FDA ihr Zugangsrecht zum Gebäudeeinführungspunkt und ihr Mitbenutzungsrecht an der Hausinstallation nur dann gegenüber einer Liegenschaftseigentümerin geltend machen kann, wenn diese die Erschliessung ihres Gebäudes selber bis in die Wohn- oder Geschäftsräume finanziert hat, nicht aber, wenn es durch eine dritte Infrastrukturanbieterin finanziert wurde.

Es ist daher nachfolgend zu prüfen, ob der Gesetzgeber die Gesuchsgegnerinnen bewusst vom Anwendungsbereich von Art. 35b Abs. 2 FMG ausschliessen wollte.

2.2.3 Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers?

Es stellt sich konkret die Frage, ob der Gesetzgeber mit Absicht Dritte von der Zugangsgewährungspflicht ausgelassen hat und somit von einem sog. qualifizierten Schweigen auszugehen ist, oder ob eine Lücke vorliegt. Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Ob eine zu füllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (MARTIN KOCHER, Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen, Grundlagen, Anfechtungsobjekt, Streitgegenstand, Verfahren, Fallstudien, 2018, p. 628; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8., überarbeitete Aufl. 2020, Rz. 187).

Im Verwaltungsrecht darf aufgrund des aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip fließenden Erfordernisses des Rechtssatzes, wonach die Staatstätigkeit einzig aufgrund und nach Massgabe von generell-abstrakten Rechtsnormen ausgeübt werden darf, die genügend bestimmt sind, nur zurückhaltend von einem qualifizierten Schweigen ausgegangen werden (BVGE 2010/63 E. 4.2.1, mit Hinweis auf ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, Rz. 234 ff.). Solange – insbesondere in den Gesetzesmaterialien – keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen vorliegen, ist beim Fehlen einer ausdrücklichen Regelung grundsätzlich davon auszugehen, dass der



Gesetzgeber keine negative Entscheidung getroffen hat (RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, 1990, Rz. 23).

Wie bereits ausgeführt, ist der Wortlaut von Art. 35b Abs. 2 FMG klar. Er bezieht sich nur auf Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer sowie auf FDA. Eine dritte Kategorie ist nicht vorgesehen. Anhand der historischen Auslegungsmethode ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber den Adressatenkreis bewusst auf die beiden genannten Kategorien einschränken wollte.

2.2.4 Historische Auslegung

Bei der historischen Auslegung wird auf den Sinn einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung abgestellt. Als Anhaltspunkte dienen dabei die Materialien zur Entstehung der Gesetzesnorm (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., 2016, Rz.101 ff.). In der Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017 (BBl 2017 6559) wird im Zusammenhang mit Art. 35b FMG konsequent von FDA [Fernmeldediensteanbieterinnen] gesprochen, ohne dass ein Hinweis zu finden wäre, dass womöglich andere Adressaten in Frage kämen. Festgehalten wird, dass sich Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer bei der FTTH-Erschliessung die Gebäudeinstallation oftmals durch FDA finanzieren liessen. Letztere bedingen sich im Gegenzug ein langfristiges Zugangsrecht aus. Wenn nicht sichergestellt werden könne, dass auch andere FDA Zugriff auf Gebäudeinstallationen erhalten können, bestehe potenziell die Gefahr, dass der Wettbewerb und die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten eingeschränkt werden. Um Wettbewerbsprobleme auf den letzten Metern zur Kundin oder zum Kunden zu vermeiden, sei bei Gebäudeinstallationen sicherzustellen, dass diese von allen FDA benutzt werden können. Damit sollten auch unnötige Duplizierungen vermieden werden (BBl 2017 6559, S. 6580).

Es finden sich indes in der Botschaft keine Anhaltspunkte, dass auch andere Adressatinnen als FDA in die Überlegungen eingeschlossen wurden. Insbesondere fehlen Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber beim Erlass von Art. 35b FMG reine Infrastrukturanbieterinnen bewusst von der Zugangsgewährung ausschliessen wollte. Vielmehr muss darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber diese Kategorie gar nicht vor Augen hatte. Dies trifft auch auf die Beratungen im Parlament zu. Hier kann der Argumentation der Gesuchsgegnerinnen, wonach der Nationalrat im Zuge seiner Beratungen bewusst darauf verzichtet habe, die Pflicht zur Duldung einer Mitbenutzung auf die Eigentümer von passiver Infrastruktur auszuweiten, nicht gefolgt werden. Der Minderheitsantrag von Nationalrat Hardegger zielte auf die Mitbenutzung derjenigen Anlagen, bei denen es darum ging, Grabungen zu sparen: «Neue Gräben in den Strassen aufzureissen ist immer der teuerste Teil des Ausbaus. Es ist unter unseren Strassen sehr viel Potenzial in Form von leeren Rohren und Schächten vorhanden, und gerade im ländlichen Raum würde das den Netzausbau beschleunigen» (vgl. Amtliches Bulletin 2018 N 1717, S. 11). In diesem Bereich wurde, anders als bei den Hausinstallationen, in der Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes darauf verzichtet, eine Bestimmung über die Mitbenutzung vorzusehen.



Es scheint als habe der Gesetzgeber sein besonderes Augenmerk darauf gelegt, den Wettbewerb zwischen FDA auf Ebene der Dienstleistung zu fördern und einen regulierten Zugang für diese spezifischen Konkurrentinnen vorzusehen. Dass der Gesetzgeber dabei jedoch Infrastrukturanbieterinnen, die selber keine Fernmeldedienste anbieten, von der Pflicht zur Zugangsgewährung ausnehmen wollte, kann daraus nicht gefolgert werden. Angesichts der Tatsache, dass er diese Pflicht aber auch den Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern auferlegt hat, muss davon ausgegangen werden, dass diese Ausnahme im Laufe der Diskussionen um Art. 35b FMG explizit hätte erwähnt werden müssen, wenn man sie hätte vorsehen wollen.

Mit Blick auf die historische Auslegung kann deshalb nicht auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers geschlossen werden.

2.2.5 Teleologische Auslegung

Zwischen der historischen und der teleologischen Auslegung besteht ein fließender Übergang, zumal die Entstehungsgeschichte den Zweck und das Motiv der Norm aufzeigt. Das teleologische Auslegungselement hinterfragt eine Gesetzesbestimmung nach dem Zweck, welcher der Regelung zugrunde liegt; es geht um die hinter einem bestimmten Rechtssatz stehenden Motive (sog. *ratio legis*). Wie schon ausgeführt wurde, sind Ziel und Zweck der fraglichen Norm, die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten zu verbessern und somit den funktionierenden Wettbewerb zu stärken und ausserdem unnötige Duplizierungen von Infrastrukturen zu vermeiden (BBI 2017 5669, S. 6580). Um dieses Ziel zu erreichen, hat der Gesetzgeber auf die Kategorien der FDA und der Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer fokussiert. Weitere mögliche Kategorien wurden in den Diskussionen nicht in Betracht gezogen. Die Unterstellung von reinen Infrastrukturanbieterinnen unter Art. 35b FMG entspricht hingegen grundsätzlich dem Normzweck, da dadurch der Wettbewerb weiter gestärkt wird und insbesondere Infrastrukturen nicht unnötigerweise doppelt gebaut werden. Hätte der Gesetzgeber Unternehmen wie die Gesuchsgegnerinnen von der Pflicht zur Gewährung der Mitbenutzung ausnehmen wollen, so ist auch vor dem Hintergrund des Normzwecks davon auszugehen, dass er dies explizit getan hätte. Ein qualifiziertes Schweigen ist deshalb auch an dieser Stelle zu verneinen.

2.2.6 Systematische Auslegung

Im Rahmen der systematischen Auslegung ist die Stellung der Norm im Gesamtkontext und ihr Verhältnis zu anderen Normen zu beleuchten. Der Sinn der Norm soll auch vor dem Hintergrund der Einheit der Rechtsordnung analysiert werden.

Art. 35b FMG wird im 5. Kapitel «Fernmeldeanlagen» geregelt, was insbesondere auch in Anbetracht der benachbarten Bestimmungen in diesem Regelungsbereich des FMG passend erscheint. Es geht vorliegend um Mitbenutzung zu einer Infrastruktur, welche im Rahmen der Erschliessung mit Fernmeldediensten erstellt wird. Bestimmungen zum Netzausbau wie etwa das Enteignungsrecht von Art. 36 FMG, die Duldung von weiteren Anschlüssen in Art. 35a FMG oder das Recht auf Inanspruchnahme von öffentlichem Grund in Art. 35 FMG werden ebenfalls hier geregelt. Aus der systematischen Einordnung von Art. 35b FMG kann nicht



geschlossen werden, dass der Gesetzgeber von einem bewussten Ausschluss der Gesuchsgegnerinnen vom Anwendungsbereich von Art. 35b FMG ausgegangen wäre.

Auffallend ist hingegen, dass auch die genannten Normen im Umfeld von Art. 35b FMG nur von FDA sprechen. Dies könnte daran liegen, dass in der Vergangenheit Fernmeldedienste in erster Linie über eigene Netze der FDA angeboten wurden und reine Infrastrukturanbieterinnen auf dem Fernmeldemarkt ein eher neueres Phänomen sind. Aus dem Umstand etwa, dass das Recht auf Inanspruchnahme von öffentlichem Grund gemäss Art. 35 FMG gemäss reinem Wortlaut nur von FDA geltend gemacht werden kann, könnte aus Sicht der ComCom nicht geschlossen werden, dass reine Infrastrukturanbieterinnen sich nicht auf diese Bestimmung berufen können sollen. Auch vor dem Hintergrund, dass die bestehenden Normen zur Erschliessung mit Fernmeldeinfrastrukturen im 5. Kapitel ebenfalls nur von FDA sprechen, ist nicht von einem qualifizierten Schweigen auszugehen, mit welchem der Gesetzgeber bewusst einen negativen Entscheid hinsichtlich der Angebotspflicht von Nicht-FDA getroffen hätte.

2.2.7 Fazit der Auslegung

Aus der Auslegung ergibt sich, dass Hinweise für ein qualifiziertes Schweigen in Bezug auf Unternehmen wie die Gesuchsgegnerinnen fehlen. Die Gesuchsgegnerinnen können gemäss dem Wortlaut nicht unter dem Adressatenkreis von Art. 35b Abs. 2 FMG subsumiert werden, es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber diesbezüglich bewusst einen negativen Entscheid gefällt hat. Vielmehr wurde diese Frage vom Gesetzgeber nicht geregelt.

Es liegt folglich eine Lücke vor. Im Rahmen der Lückenfüllung stellt sich die Frage, ob die Gesuchsgegnerinnen der Angebotspflicht trotzdem unterliegen, zumal sie im Grunde genommen die gleichen Grundvoraussetzungen besitzen wie die erwähnten Adressaten: ein Nutzungsrecht an der gebäudeinternen Anlage, für die eine regulierte Mitbenutzung gewährt werden soll.

2.3 Lücke; planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes

2.3.1 Allgemeines

Dem Begriff nach besteht eine Lücke, wenn eine Rechtsfrage, die der Einzelfall aufgibt, gesetzlich nicht geregelt, das Gesetz also unvollständig ist (BGE 103 Ia 501 E. 7). Die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken und behandeln die beiden Fälle im Verwaltungsrecht unterschiedlich. Eine echte Lücke liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist, keine Regelung enthält. Bei der unechten Lücke gibt die gesetzliche Regelung zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; weil sie aber zu einem sachlich unbefriedigenden Resultat führt, wird sie als lückenhaft empfunden (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/ FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8., überarbeitete Aufl. 2020, Rz. 206). Aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots sind die rechtsanwendenden Organe verpflichtet, echte Lücken zu füllen, während das Legalitätsprinzip



ihnen das Schliessen von unechten Lücken grundsätzlich untersagt (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 207).

Gemäss neuerer Auffassung der Methodenlehre handelt es sich bei der Lücke um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von den rechtsanwendenden Organen behoben werden darf; auf eine Unterscheidung von echten und unechten Lücken wird dabei verzichtet. Dabei gelten als Massstab nur die dem Gesetz selbst zu Grunde liegenden Zielsetzungen und Werte, nicht hingegen Wertungen, die von aussen an das Gesetz herangetragen werden. Wenn eine Regelung im Hinblick auf eindeutige und wichtige Zielsetzungen des Gesetzes unvollständig ist, darf die rechtsanwendende Behörde diese Lücke füllen (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 213, mit weiteren Hinweisen).

2.3.2 Lückenfüllung; Normzweck von Art. 35b FMG

Mit dem Inkrafttreten der jüngsten Fernmeldegesetzesrevision wurde der Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen gesetzlich verankert. Ziel der neuen Regelung war, den wirksamen Wettbewerb im Fernmeldemarkt weiter zu fördern und unnötige Duplizierungen von Infrastruktur zu vermeiden. Die Botschaft vermerkte dazu, dass das FMG den Zweck habe, Rahmenbedingungen zu schaffen, damit Wettbewerb ermöglicht und begünstigt wird und der Bevölkerung und der Wirtschaft dadurch vielfältige, preiswerte sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste von hoher Qualität angeboten werden (BBI 2017 6559, S. 6577). Das Gesetz soll insbesondere einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art 1 Abs. 1 Bst. c FMG).

Zur Schaffung von Art. 35b FMG wurden in den Erläuterungen in der Botschaft weiter folgende Überlegungen gemacht: «Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer lassen sich bei der FTTH-Erschliessung die Gebäudeinstallation oftmals durch FDA finanzieren. Die FDA bedingen sich im Gegenzug ein langfristiges Zugangsrecht aus. Wenn nicht sichergestellt werden kann, dass auch andere FDA Zugriff auf Gebäudeinstallationen erhalten können, besteht potenziell die Gefahr, dass der Wettbewerb und die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten eingeschränkt werden. Um Wettbewerbsprobleme auf den letzten Metern zur Kundin oder zum Kunden zu vermeiden, ist bei Gebäudeinstallationen sicherzustellen, dass diese von allen FDA benutzt werden können. Damit sollen auch unnötige Duplizierungen vermieden werden». Und weiter: «Die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten soll auch künftig sichergestellt werden können und nicht durch Exklusivrechte auf Gebäudeinstallationen beeinträchtigt werden» (BBI 2017 6559, S. 6580).

Der Fokus wird hier klarerweise auf die Möglichkeiten einer Mitbenutzung der Gebäudeinstallation gemacht, mit dem Ziel, dass nicht nur Konsumentinnen und Konsumenten die grösstmögliche Wahlfreiheit zwischen den verschiedenen Dienstanbieterinnen haben können, sondern dass die unnötige doppelte Erschliessung vermieden wird. Das Zugangsgebot der Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen von Art. 35b FMG wurde deshalb auch als



symmetrische Regulierungsmassnahme formuliert, so dass alle Unternehmen betroffen sind, unabhängig von der Feststellung von Marktbeherrschung.

Nichts Anderes kann aus der nachfolgenden Passage der Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017 geschlossen werden: «Die Gebäudeinstallation führt vom Gebäudeeinführungspunkt über die sogenannte Steigzone bis zum Anschluss in der Wohn- oder Geschäftseinheit. Für die Mitbenutzung eignen sich sämtliche Leitungen, die für die fernmeldetechnische Übertragung benutzt werden können (v.a. Glasfaser- und Koaxialkabel sowie Doppelader-Metalleitungen). Die Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen ist somit im Wesentlichen auf vorhandene ungenutzte Leitungen ausgerichtet. Eingeschlossen sind grundsätzlich auch freie Kapazitäten in bestehenden passiven gebäudeinternen Hausinstallationen, die für die fernmeldetechnische Übertragung bestimmt sind» (BBI 2017 6559, S. 6644).

Sollen grundsätzlich sämtliche Leitungen, die für die fernmeldetechnische Übertragung vorgesehen sind, benutzt werden können, so wäre es verfehlt, eine Ausnahme bei den Anlageanbieterinnen zu machen, die nicht zugleich Dienste anbieten.

Hintergrund und Anlass zur Schaffung von Art. 35b FMG bildete das Bestreben, dass «Konsumentinnen und Konsumenten in der Lage sein sollen, ihre Anschlussanbieterin ohne grössere Hürden zu wechseln oder ihre Dienste von verschiedenen Anschlussanbieterinnen zu beziehen» (BBI 2017 6559, S. 6643). Ziel und Zweck von Art. 35b FMG ist die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten und damit ein funktionierender Wettbewerb bei der Dienstleistungserbringung und die Vermeidung von Duplizierungen. Aus der Entstehungsgeschichte sowie aus der teleologischen Auslegung dieser Norm ergibt sich die Regelungsabsicht des Gesetzgebers klar. An diese Elemente ist die ComCom bei der Lückenfüllung gebunden. Sie geht folglich davon aus, dass der Gesetzgeber reine Infrastrukturanbieterinnen wie die Gesuchsgegnerinnen ebenfalls erfasst hätte, wenn er im Rahmen des Erlasses von Art. 35b FMG an diese gedacht hätte. Letztlich ging es dem Gesetzgeber darum, dass die FDA bei den Hausinstallationen nicht mit Monopolsituationen konfrontiert werden, die den Wettbewerb bei der Erbringung von Diensten beschränken könnten oder die zu unnötiger Duplizierung von Infrastrukturen führen würden. Aus diesem Grund wurde die Zugangsverpflichtung in Art. 35b FMG auch nicht an eine marktbeherrschende Stellung geknüpft, sondern symmetrisch formuliert.

Es entspricht folglich der ratio legis von Art. 35b FMG, dass auch Anbieterinnen von passiver Infrastruktur unter den Geltungsbereich fallen und Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung der Hausinstallationen zu gewähren haben. Diese Pflicht besteht nicht kostenfrei, sondern ist von den nachfragenden Anbieterinnen gemäss Art. 35b Abs. 4 FMG angemessen zu entschädigen. Dabei gelten die Ausführungsbestimmungen in Art. 78c FDV.



2.4 Fazit

Aus der Gesetzesauslegung ergibt sich, dass betreffend dem Kreis der Angebotspflichtigen in Art. 35b Abs. 2 FMG eine Lücke vorliegt. Es liegt kein qualifiziertes Schweigen vor, sondern es ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber an die hier gegebene Situation nicht gedacht hat, als er neben den Liegenschaftseigentümerinnen und -eigenthümern und den FDA die weiteren Nutzungsberechtigten an gebäudeinternen Anlagen nicht in der Aufzählung von Art. 35b Abs. 2 FMG mit einschloss. Dennoch ist nach Sinn und Zweck des fraglichen Gesetzesartikels klar, dass von allen Eigentümern und Betreibern der in Frage kommenden Anlage Zugang gewährt werden soll. Mit Blick auf den Zweck der Zugangspflicht ist nicht plausibel, weshalb einer beantragenden FDA der Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen vorenthalten werden sollen, nur weil die Anbieterin selbst keine Dienste anbietet.

Die ComCom gelangt auf dem Weg der Lückenfüllung zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerinnen zum Adressatenkreises von Art. 35b Abs. 2 FMG zu zählen sind. Sie werden somit verpflichtet, der Gesuchstellerin Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung der Hausinstallationen zu gewähren.

Da das Verfahren auf die Grundsatzfrage beschränkt wurde, ob der Zugang zu gewähren sei bzw. ob die Gesuchstellerinnen angebotspflichtig seien (vgl. weiter oben Kap. 1.3 Verfahrensgegenstand), wird im Rahmen der vorliegenden Verfügung nicht über die Bedingungen des Zugangs entschieden. Die Gesuchsgegnerinnen sind gehalten, der Gesuchstellerin ein Angebot im Sinne von Art. 35b Abs. 4 FMG i.V.m. Art. 78b und 78c FDV auf die von ihnen finanzierten gebäudeinternen Anlagen – vom Hausanschlusskasten (*Building Entry Point*, BEP) bis zur optischen Telekommunikationssteckdose (*Optical Telecommunication Outlet*, OTO) zu machen.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Parteien zwar bereits in Verhandlungen standen, diese jedoch nicht unter den Vorzeichen der Angebotspflicht standen, erachtet die ComCom eine Umsetzungsfrist für die Angebotspflicht von sechs Monaten als angemessen. Es liegt danach an der Gesuchstellerin, der ComCom mitzuteilen, ob sie das Verfahren im Hinblick auf die Festlegung der Bedingungen des Zugangs weiterführen will.

III Kosten

[...]



Aktenzeichen: OS 41-00019

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Die Gesuchsgegnerinnen werden verpflichtet, der Gesuchstellerin Zugang zu den Gebäudeeinführungspunkten in ihren jeweiligen FTTH-Glasfaseranschlussnetzen sowie die Mitbenutzung ihrer gebäudeinternen Anlage zu gewähren.
2. Die Verpflichtung gemäss Ziffer 1 ist innert sechs Monaten ab Eröffnung der Verfügung der Gesuchstellerin umzusetzen. Die Gesuchsgegnerinnen haben innert dieser Frist ein Angebot im Sinne von Art. 35b Abs. 4 FMG i.V.m. Art. 78b und 78c FDV auf die von ihnen finanzierten gebäudeinternen Anlagen vom Hausanschlusskasten (*Building Entry Point*, BEP) bis zur optischen Telekommunikationssteckdose (*Optical Telecommunication Outlet*, OTO) zu machen. Die Gesuchstellerin wird ersucht, der ComCom innert drei Monaten nach Eröffnung des Angebots durch die Gesuchsgegnerinnen mitzuteilen, ob sie das Verfahren im Hinblick auf die Festlegung der Bedingungen des Zugangs weiterführen will.
3. [...]
4. Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich mit Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom

Dr. Adrienne Corboud Fumagalli
Präsidentin

Rechtsmittel

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

Bundesverwaltungsgericht
Postfach
9023 St. Gallen.

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