



Referenz/Aktenzeichen: Vf 2023-02-01_001 / OS 41-00018

Bern, 1. Februar 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 **Init7 (Schweiz) AG**
Technoparkstrasse 5, 8406 Winterthur
vertreten durch [...]

Gesuchstellerin

gegen **Swisscom (Schweiz) AG**
Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern
vertreten durch [...]

Gesuchsgegnerin

betreffend **Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung betreffend unterbrechungsfreie Stromversorgung**



Inhaltsverzeichnis

I	Prozessgeschichte.....	3
II	Erwägungen.....	4
1	Verfahrensvoraussetzungen	4
1.1	Allgemein	4
1.2	Zuständigkeit	4
1.3	Weitere Eintretensvoraussetzungen.....	6
2	Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme.....	6
3	Entscheid in der Hauptsache	7
3.1	Grundsatz	7
3.2	Vorbringen der Parteien	7
3.3	Geltungsbereich der Kollokationspflicht	8
3.4	Fazit	10
III	Kosten	11



I Prozessgeschichte

Mit Datum vom 27. Oktober 2022 reichte Init7 (Schweiz) AG (Gesuchstellerin) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom (Schweiz) AG (Gesuchsgegnerin) ein. Sie stellte darin folgende Rechtsbegehren:

- 1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin zu erlauben, eigene unterbrechungsfreie Stromversorgungen auf den von ihr gemieteten Flächen zu installieren und auch die hierzu jeweils nötigen Batterien im selben Raum zu bauen und zu betreiben.*
- 2. Die Verfügung gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 sei als vorsorgliche Massnahme zu erlassen, unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe der Gesuchsgegnerin nach Art. 292 im Unterlassungsfall.*

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Mit Schreiben des BAKOM vom 1. November 2022 erhielt die Gesuchsgegnerin Gelegenheit, sich bis zum 16. November 2022 zum Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu äussern, sowie bis zum 23. November 2022 zum Zugangsgesuch Stellung zu nehmen.

Die Gesuchsgegnerin reichte am 16. November 2022 ihre Stellungnahme ein und stellte folgende Rechtsbegehren:

- 1. Hauptantrag: Auf das Zugangsgesuch von Init7 vom 27. Oktober 2022 sowie den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen i.S. unterbrechungsfreie Stromversorgung sei zufolge fehlender Zuständigkeit der ComCom nicht einzutreten.*
- 2. Eventualiterantrag: Der Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Ziff. 2 des Zugangsgesuches von Init7 vom 27. Oktober 2022 sei abzuweisen.*

Unter Kostenfolge zu Lasten von Init7.

Mit Schreiben vom 21. November 2022 gab das BAKOM der Gesuchstellerin Gelegenheit, bis zum 6. Dezember 2022 zu den Anträgen der Gesuchsgegnerin Stellung zu nehmen.

Am 21. November 2022 ersuchte die Gesuchsgegnerin um Fristerstreckung für die Einreichung einer Stellungnahme zur Hauptsache. Mit Schreiben vom 24. November 2022 verlängerte das BAKOM die Frist antragsgemäss bis zum 14. Dezember 2022.

Am 30. November 2022 ersuchte die Gesuchstellerin um Fristerstreckung für die Einreichung einer Stellungnahme zu den Vorbringen der Gesuchsgegnerin zur vorsorglichen Massnahme. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2022 verlängerte das BAKOM die Frist antragsgemäss bis zum 20. Dezember 2022.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2022 setzte das BAKOM aus prozessökonomischen Gründen die bis zum 14. Dezember 2022 der Gesuchsgegnerin gewährte Frist zur Stellungnahme im Hauptverfahren bis auf weiteres aus.

Am 20. Dezember 2022 reichte die Gesuchstellerin ihre Stellungnahme zu den Vorbringen der Gesuchsgegnerin zur vorsorglichen Massnahme ein.



Aktenzeichen: OS 41-00018

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2022 an die Gesuchsgegnerin setzte das BAKOM die Frist zur Stellungnahme im Hauptverfahren bis zum 13. Januar 2023 wieder an.

Am 13. Januar 2023 reichte die Gesuchsgegnerin ihre Gesuchsantwort zum Hauptantrag auf Erlass einer Zugangsverfügung betreffend unterbrechungsfreie Stromversorgung ein.

Mit Schreiben vom 16. Januar 2023 wurde der Schriftenwechsel durch das BAKOM förmlich geschlossen.

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

II Erwägungen

1 Verfahrensvoraussetzungen

1.1 Allgemein

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

1.2 Zuständigkeit

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

Die Gesuchstellerin erachtet in ihrer Eingabe vom 27. Oktober 2022 – ohne dies weiter zu begründen – die Zuständigkeit der ComCom im vorliegenden Fall als gegeben.

Die Gesuchsgegnerin weist in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2022 darauf hin, dass die Gesuchstellerin von ihr nicht das regulierte (kupferbasierte) Produkt "Teilnehmeranschlussleitung TAL" beziehe, sondern das kommerzielle Angebot "Access Line Optical ALO" (in Verbindung mit den diesbezüglich relevanten Kollokationsdienstleistungen basierend auf dem Produkt "Fläche und Gebäudeinfrastruktur"), einer Netzzugangsvariante, welche nicht der spezialgesetzlichen Fernmelderegulierung gemäss Art. 11 FMG unterliege. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen der ComCom in der Verfügung vom 11. Juni 2013, wonach zentrale Voraussetzung für die Zuständigkeit der ComCom sei, dass es sich um eine Streitigkeit über den Zugang handle. Die Formen, in denen bei gegebenen Umständen Zugang zu gewähren sei, seien in Art. 11 FMG abschliessend aufgezählt. Die Gesuchsgegnerin schliesst daraus, dass in der vorliegend rechtserheblichen Konstellation keine "Streitigkeit über den Zugang" im Sinne von Art. 11a FMG vorliege und deshalb eine Zuständigkeit der ComCom zu verneinen sei.



Darauf antwortete die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 20. Dezember 2022, der Wortlaut von Art. 56 FDV ("Grundsätze der Kollokation") lasse keinen Schluss darauf zu, dass diese Kollokation auf den Zugang zum Zweck des Verlegens von Kupferkabeln beschränkt sein sollte; die gelebte Praxis sei eine andere, denn Kollokation werde von einer Fernmeldedienstanbieterin für ihre Dienste unabhängig von der Art der Datenübertragung benötigt. Es sei also unerheblich, ob ein Kupfer- oder ein Glasfaserkabel verwendet werde, mehr noch, einige Kollokationsstandorte würden auch für Mobilfunk-Infrastrukturen verwendet. Dazu komme, dass TAL-Anschlüsse durch die Entwicklung der Technologie sukzessive obsolet würden; in wenigen Jahren würden alle TAL-Anschlüsse abgeschaltet sein.

In ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2023 bringt die Gesuchsgegnerin dazu vor, dass sie die Zuständigkeit der ComCom ausschliesslich und explizit mit der Begründung bestreite, dass das Zugangsgesuch im Kontext mit der Netzzugangsleistung ALO stehe, welche nicht unter die gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG abschliessend erwähnten Zugangsformen falle. Dass das Zugangsprodukt TAL durch die Entwicklung der Technologie, wie von der Gesuchstellerin behauptet, sukzessive obsolet werden solle, spiele sodann unter der geltenden Rechtsordnung keine Rolle und könne abgesehen davon für die Zuständigkeitsfrage auch nicht von Relevanz sein, insbesondere wenn man berücksichtige, dass der Gesetzgeber angesichts der am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Teilrevision des Fernmeldegesetzes diesbezüglich keinen Handlungsbedarf erkannt habe. Was die Gesuchstellerin mit Blick auf die Zuständigkeits-thematik aus dem Vorbringen abzuleiten gedenke, wonach einige Kollokationsstandorte auch für Mobilfunk-Infrastrukturen verwendet würden, sei weder nachvollziehbar noch einschlägig. Abgesehen davon finde für Konstellationen, in welchen eine Anschlusszentrale von Swisscom gleichzeitig auch als Mobilfunkantennenstandort diene, das Produkt Wireless Site Sharing (WSS) Anwendung und das Kollokationsprodukt KOL FDV sei in diesem Zusammenhang nicht von Relevanz. Die Gesuchsgegnerin bestätigt deshalb ihren Antrag auf Nichteintreten auf das Gesuch.

Gemäss Art. 7 VwVG prüft eine Behörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Zuständigkeit ist dann zu bejahen, wenn sie in örtlicher, funktioneller und sachlicher Hinsicht gegeben ist. Während die örtliche und die funktionelle Zuständigkeit vorliegend nicht bestritten sind, mangelt es aus Sicht der Gesuchsgegnerin an der sachlichen Zuständigkeit. Diese ist dann gegeben, wenn der Verfahrensgegenstand aufgrund seiner Rechtsnatur in ein Rechtsgebiet fällt, in welchem die angerufene Behörde entscheidungskompetent ist (vgl. dazu z.B. RENÉ WIEDERKEHR, CHRISTIAN MEYER, ANNA BÖHME, VwVG Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weiteren Erlassen, 2022, S. 146, Rz. 8).

Vorliegend beantragt die Gesuchstellerin die Festlegung von Bedingungen der Kollokation. Konkret will sie auf den Flächen, welche die Gesuchsgegnerin in ihren Räumlichkeiten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten vermietet, eigene Batterien installieren dürfen. Die Gesuchsgegnerin vertritt die Ansicht, es bestehe kein entsprechender Anspruch. Einerseits begründet sie dies damit, dass die Gesuchstellerin nur ALO und damit keine regulierten Produkte beziehe, andererseits stehen gemäss ihren Aussagen auch technische Gründe entgegen. Die Gesuchstellerin bestreitet ihrerseits nicht, nur das nicht regulierte Produkte ALO zu beziehen. In technischer Hinsicht erachtet sie die Verweigerungsgründe der Gesuchsgegnerin jedoch als unzulässig.



Im vorliegenden Fall stellt sich somit die Frage, ob die Installation eigener Stromversorgungsanlagen inklusive Batterien – wie von der Gesuchstellerin verlangt – unter die Kollokationspflicht im Sinne von Art. 56 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 784.101.1) fällt. Insbesondere stellt sich dazu weiter die von der Gesuchsgegnerin aufgeworfene Frage, ob die Kollokation nur dann reguliert sein kann, wenn sie im Zusammenhang mit einer Zugangsform im Sinne von Art. 11 FMG steht, oder ob die Kollokationspflicht im Sinne der fernmelderechtlichen Zugangsbedingungen auch unabhängig davon besteht. Verfahrensgegenstand ist mithin die Frage, ob die Gesuchstellerin einen Anspruch darauf hat, eigene Stromversorgungsanlagen, die nicht im Zusammenhang mit dem Bezug von regulierten Produkten stehen, in der Kollokation zu installieren. Diese Frage liegt im Rechtsgebiet der Bedingungen des Netzzugangs und damit zweifelsfrei im sachlichen Kompetenzbereich der ComCom. Darüber hinaus betrifft sie nicht formell-rechtliche Aspekte, sondern sie ist materiell zu beantworten.

Mit anderen Worten ist die Frage, ob Kollokation als solche ein unabhängiges Recht der Marktteilnehmerinnen darstellt, oder ob Ansprüche daraus erst und nur dann bestehen, wenn sie in Verbindung mit einer der in Art. 11 FMG aufgezählten Zugangsformen stehen, materiell zu beantworten. Deshalb ist – entgegen der Meinung der Gesuchsgegnerin – die Zuständigkeit der ComCom gegeben.

1.3 Weitere Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 11a FMG verfügt die ComCom bei Streitigkeiten zwischen Anbieterinnen von Fernmeldediensten, wenn sich diese nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs geeinigt haben.

Bei den Parteien des vorliegenden Verfahrens handelt es sich um Fernmeldedienst-anbieterinnen. Die Gesuchstellerin hat ein schutzwürdiges Interesse an der Prüfung ihres Gesuchs, welches aktueller und praktischer Natur ist. Über die Bedingungen des Zugangs resp. der Kollokation konnten sich die Parteien nach einer Verhandlungszeit von mehr als drei Monaten nicht einigen. Auch die weiteren Eintretens- sowie die spezialgesetzlich vorgesehenen Verfahrensvoraussetzungen sind vorliegend unbestrittenermassen erfüllt.

2 Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme

Im Rahmen eines Zugangsverfahrens kann die ComCom einstweiligen Rechtsschutz gewähren. Nach Einreichung des Gesuchs kann sie von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen verfügen, um den Zugang während des Verfahrens sicherzustellen (Art. 11a Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 71 FDV). Vorsorgliche Massnahmen haben zum Ziel, die Wirksamkeit der zu treffenden Anordnung sicherzustellen. Ihr Wesensmerkmal besteht darin, dass sie bloss vorläufig gelten und die Regelungswirkung nur temporär eintritt. Vorsorgliche Massnahmen stehen zur Endverfügung, deren Wirksamkeit sie sichern sollen, in einem akzessorischen Verhältnis. Entsprechend fallen sie dahin, wenn die Hauptverfügung in formelle Rechtskraft erwächst und damit vollstreckbar ist (REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021, S. 111, Rz. 487, mit Verweisen).



Mit der vorliegenden Verfügung wird ein Entscheid in der Hauptsache gefällt, womit der Anspruch auf einstweiligen Rechtsschutz obsolet wird. Das noch nicht entschiedene Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist somit gegenstandslos geworden und kann abgeschrieben werden.

3 Entscheid in der Hauptsache

3.1 Grundsatz

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewährleisten. Der Netzzugang muss auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen angeboten werden. Neben den Formen des Netzzugangs ermöglichen marktbeherrschende Anbieterinnen gemäss Art. 56 FDV die Kollokation, das heisst die gemeinsame Nutzung technischer Komponenten an den vom Netzzugang betroffenen Standorten.

3.2 Vorbringen der Parteien

In ihrem Gesuch vom 27. Oktober 2022 macht die Gesuchstellerin geltend, dass die aktuell zwischen den Parteien geltende Vereinbarung "Fläche und Energie" zwar erlaube, dass eigene unterbrechungsfreie Stromversorgungsanlagen (USV) durch Fernmeldedienstanbieterinnen betrieben würden, die Batterien müssten dennoch in einem separaten Raum untergebracht sein. Diese Regelung komme de facto einem Installationsverbot der von ihr gewünschten Geräte gleich, zumal letztere eingebaute Batterien besässen. Sie ersucht die ComCom, die Installation eigener unterbrechungsfreier Stromversorgungen mitsamt Batterien auf den von ihr gemieteten Flächen zu erlauben.

Die Gesuchsgegnerin bringt vor, dass die FMG-Netzzugangsregulierung gemäss Art. 11 FMG nicht technologieneutral ausgestaltet sei. Im Rahmen der jüngsten, am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Teilrevision des Fernmeldegesetzes habe der Gesetzgeber nach intensiven, teils kontrovers geführten Diskussionen die vom Bundesrat in der Botschaft vorgeschlagene Einführung einer technologieneutralen Zugangsregulierung explizit abgelehnt und damit insbesondere die Ausweitung des fernmelderechtlichen Zugangsregimes (Art. 11 FMG) auf neu gebaute bzw. zu bauende Glasfasernetze verworfen. Der spezialgesetzlich durch die Fernmeldeordnung geregelte (regulierte) Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung beschränke sich mithin gemäss dem klaren gesetzlichen Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 lit. a. FMG (vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung) weiterhin auf die kupferbasierten Leitungen des Anschlussnetzes der Gesuchsgegnerin. Im regulierten Angebotsportfolio von ihr werde die entsprechende (kupferbasierte) Netzzugangsform unter der Bezeichnung "Teilnehmeranschlussleitung (TAL)" angeboten. Zur Umsetzung bzw. effektiven Inanspruchnahme der in Art. 11 Abs. 1 FMG abschliessend erwähnten Zugangsformen sei regelmässig eine Standortmitbenützung in den Anschlusszentralen der Gesuchsgegnerin notwendig, welche im Wesentlichen die Komponenten Flächenbeanspruchung, Energie-/Stromversorgung und Klimatisierung/Lüftung beinhalte und unter der Bezeichnung "Kollokation" bekannt sei. Bei der Kollokation handle es sich nicht um eine eigenständige Zugangsform, sondern um die



Voraussetzung zur technischen Realisierung der gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen. Im Unterschied zu den Zugangsformen nach Art. 11 FMG würden die Kollokationsdienstleistungen mithin keinen eigenständigen Zugangsanspruch vermitteln. Vielmehr setzten sie die Inanspruchnahme von Diensten einer marktbeherrschenden Anbieterin nach Art. 11 FMG voraus. Kollokation werde mithin immer im Zusammenhang mit einer der gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen bezogen. Die Annex- bzw. Nebenleistungskomponente von Kollokationsdienstleistungen würde auch dadurch zum Ausdruck kommen, dass sich in Art. 11 FMG keine Regelung dazu finde, sondern lediglich auf Verordnungsstufe einige ausgewählte Ausführungs- und Umsetzungsvorgaben angesprochen würden. Die entsprechenden Kollokationsleistungen der Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit den regulierten Zugangsdiensten würden unter der Bezeichnung Kollokation FDV (KOL FDV) angeboten bzw. erbracht. Die entsprechende Konnexität und die damit verbundenen Interdependenzen würden denn auch explizit so in den relevanten Vertragsdokumenten festgehalten.

Gemäss der Gesuchsgegnerin ist der Wortlaut von Art. 56 FDV wie auch die systematische Einordnung als Ausführungsbestimmung von Art. 11 FMG eindeutig. Es gehe dabei um den fernmelderechtlich regulierten (Netz)Zugang und die Zugangsprodukte seien in Art. 11 FMG abschliessend aufgezählt. Dieses Verständnis werde auch durch die historische Auslegungsmethode bestätigt, denn der Erläuterungsbericht des UVEK vom 9. März 2007 zur Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) lasse im Zusammenhang mit Art. 56 FDV ("Grundsätze der Kollokation") ebenfalls keine Zweifel offen.

Für die Gesuchstellerin lässt der Wortlaut von Art. 56 FDV demgegenüber keinen Schluss darauf zu, dass diese auf den Zugang zum Zweck des Verlegens von Kupferkabeln beschränkt sein sollte; die gelebte Praxis sei tatsächlich eine andere, denn Kollokation werde von einer Fernmeldedienstanbieterin für ihre Dienste unabhängig von der Art der Datenübertragung benötigt. Es sei also unerheblich, ob ein Kupfer- oder ein Glasfaserkabel verwendet werde, mehr noch, einige Kollokationsstandorte würden auch für Mobilfunk-Infrastrukturen verwendet. Dazu komme, dass TAL-Anschlüsse durch die Entwicklung der Technologie sukzessive obsolet würden; in wenigen Jahren würden alle TAL-Anschlüsse abgeschaltet.

3.3 Geltungsbereich der Kollokationspflicht

Zwischen den Parteien ist demnach strittig, ob die Kollokation eine eigenständige Zugangsform ist oder ob eine Regulierung nur für den Fall vorgesehen ist, dass sie dem Bezug einer anderen regulierten Zugangsform dient. Für die Beantwortung dieser Frage sind die massgeblichen Bestimmungen auszulegen. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (vgl. BGE 145 II 270, E. 4.1).



In erster Linie ist folglich vom Wortlaut der anwendbaren Bestimmungen auszugehen. Art. 11 FMG zählt die Formen auf, in denen bei gegebenen Umständen Zugang zu gewähren ist. Demgemäss müssen marktbeherrschende Anbieterinnen den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten im Bereich der vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung (Kupfer), der Interkonnektion, der Mietleitungen sowie des Zugangs zu den Kabelkanalisationen gewährleisten. Es bestehen keine Hinweise dafür und es wird von der Gesuchstellerin auch nicht vorgebracht, dass diese Aufzählung nicht abschliessend sein könnte.

Neben den aufgelisteten Formen des Zugangs (Hauptleistungen) stehen von diesen abgeleitete Nebenleistungen, welche oft den Bezug der Hauptleistungen erst ermöglichen bzw. in sinnvoller Weise nutzbar machen. Die Kollokation, das heisst die gemeinsame Nutzung technischer Komponenten an den vom Netzzugang betroffenen Standorten gehört dazu. Ihr kommt eine grosse Relevanz zu: "Weil eine Vielzahl unterschiedlicher Dienste auf derselben Infrastruktur angeboten werden können, kommt insbesondere auch der Kollokation eine überragende Bedeutung zu, da die Erbringung unterschiedlicher Dienste zumeist nur aufgrund spezifischer Geräte möglich ist, die an geeigneter Stelle (zumeist in den Quartiers- oder Ortszentralen) in das Verteilnetz integriert werden müssen" (SAMUEL KLAUS, DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, Identifikation und Analyse von Lenkungsinstrumenten im Rahmen von De-/Regulierungsvorgängen in Primärinfrastruktursektoren, Diss. Zürich 2009, S. 589, Rz. 1573). Wie erwähnt, handelt es sich bei ihr im geltenden Zugangsregime um eine Nebenleistung, was in systematischer Hinsicht dadurch zum Ausdruck kommt, dass sie nicht im FMG, sondern in Art. 56 im 7. Abschnitt der FDV unter den "Allgemeinen Bestimmungen" zum "Zugang zu den Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Anbieterinnen" geregelt wird.

Auch die historische Auslegung der Bestimmungen macht deutlich, dass es sich bei der Kollokation nicht um eine eigenständige Zugangsform handelt. Der Erläuterungsbericht zur Revision der Verordnungen des FMG vom 20. Februar 2007 äussert sich explizit und unzweideutig zu Art. 56 FDV: "Die neu im Gesetz vorgesehenen Zugangsformen bedürfen zwecks Erschliessung in der Regel einer Möglichkeit, am Standort der marktbeherrschenden Anbieterin selber physisch präsent zu sein und eigene Anlagen installieren, betreiben und mit denjenigen der marktbeherrschenden Anbieterin dort verbinden zu können. Diese Mitbenutzung des Standorts ist Bestandteil der verschiedenen Zugangsformen und wird Kollokation genannt. Als Standorte sind je nach Zugangsform verschiedene Möglichkeiten denkbar, etwa das Gebäude einer Orts- oder Transitzentrale, ein Verteilerkasten, ein Kabelschacht oder ein Konzentratorenstandort. Allgemein sind alle Standorte gemeint, an welchen im konkreten Fall sinnvoll ein Zugang verlangt werden kann. Die Kollokation hat dabei immer zur Voraussetzung, dass sie mit einer im Gesetz genannten Zugangsform im Zusammenhang steht beziehungsweise diese ermöglicht, hingegen zwingt der Bezug einer Zugangsform nicht automatisch auch zum Bezug von Kollokation bei der marktbeherrschenden Anbieterin".

Zu keinem anderen Resultat führt eine Auslegung nach teleologischen oder geltungszeitlichen Prinzipien. In diesem Punkt ist der Gesuchsgegnerin beizupflichten, wenn sie darauf aufmerksam macht, dass der Gesetzgeber im Rahmen der letzten Revision des FMG im Jahr 2019 explizit auf eine technologieneutrale Regulierung verzichtet hat respektive die



geltenden Bestimmungen nicht ändern wollte (vgl. dazu die Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017 6559, S. 6613 ff. mit welcher der Bundesrat einen technologieneutralen Zugang zum Teilnehmeranschluss vorgeschlagen hat. Das Parlament hat diesen Vorschlag in der Revision nicht übernommen). Es kann vor diesem Hintergrund nicht davon ausgegangen werden, dass der geltungszeitliche Kontext heute anders zu beurteilen wäre. Es spielt insofern auch keine Rolle, dass die regulierten Produkte insbesondere im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis der Kupfer-Doppelader immer weniger nachgefragt werden. Dieser Umstand hatte auch keinen Einfluss auf den Entscheid des Gesetzgebers, das geltende Zugangsregime bezogen auf die Frage der Technologieneutralität nicht zu ändern. Somit kann auch nicht gesagt werden, dass die Bestimmung gemäss ihrem Sinn und Zweck eine technologieneutrale Kollokation vorsehen würde.

Die Auslegung von Art. 11 FMG respektive Art. 56 FDV ergibt, dass es sich bei der Kollokation nicht um eine eigenständige gesetzliche Zugangsform, sondern um eine damit verbundene Nebenleistung handelt, die keinen vom Bezug einer regulierten Zugangsform losgelösten Anspruch auf eine Regulierung der Bedingungen durch die ComCom verleiht.

Die von der Gesuchsgegnerin gewünschten USV dienen in tatsächlicher Hinsicht unbestrittenemassen der Bedienung von Glasfasern, welche von der Gesuchsgegnerin im Rahmen ihres kommerziellen Angebots ALO angeboten werden. Somit stehen die USV nicht im Zusammenhang mit der Kollokation für eine gesetzlich geregelte Zugangsform. Die marktbeherrschende Anbieterin ist somit nicht gesetzlich verpflichtet, Kollokation für diesen Zugang zu unregulierten Glasfasern zu bieten, und der ComCom ist es auch verwehrt, regulierend einzugreifen. Wie erwähnt kann regulierte Kollokation nur beanspruchen, wer auch Dienste einer eigenständig in Art. 11 FMG vorgesehenen Zugangsform bezieht. Die Gesuchsgegnerin kann insoweit nicht verpflichtet werden, in ihren Räumlichkeiten einer Anbieterin, die keine gesetzlich vorgesehenen Zugangsdienstleistungen bezieht, regulierte Kollokation zu gewähren. Wenn sie dies dennoch aus kommerziellen Gründen macht, obliegt es ihr allein, die notwendigen Vorschriften mit den interessierten Konkurrentinnen zu verhandeln. Welche Gerätschaften die Fernmeldedienstanbieterinnen installieren und betreiben dürfen, wird in diesem Fall gesetzlich nicht geregelt.

3.4 Fazit

Die regulierte Kollokation hat immer mit einer im FMG genannten Zugangsform im Zusammenhang zu stehen. Die von der Gesuchstellerin ersuchte Installation eigener Anlagen zur unterbrechungsfreien Stromversorgung stehen demgegenüber in keinem Zusammenhang mit einer in Art. 11 Abs. 1 Bst. a bis f FMG erwähnten Zugangsform. Folglich besteht kein fernmelderechtlicher Anspruch auf eine Festlegung der Bedingungen durch die ComCom im vorliegenden Fall.

Das Gesuch, im Rahmen eines vom Bezug von gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen unabhängigen Anspruchs auf Kollokation eigene unterbrechungsfreie Stromversorgungen auf den gemieteten Flächen zu installieren und die hierzu jeweils notwendigen Batterien im selben Raum zu bauen und zu betreiben, ist deshalb abzuweisen.



Aktenzeichen: OS 41-00018

III Kosten

[...]



Aktenzeichen: OS 41-00018

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme wird als gegenstandslos abgeschrieben.
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.