

# **COMCOM zugang-zu-den-kabelkanalisationen-rückbau-sunrise-vs-swisscom-2015-12-08-692e7c vom 8. Dezember 2015**

ComCom, 2015-12-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom\\_zugang-zu-den-kabelkanalisationen-rückbau-sunrise-vs-swisscom-2015-12-08-692e7c](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_zugang-zu-den-kabelkanalisationen-rückbau-sunrise-vs-swisscom-2015-12-08-692e7c)

FR: COMCOM

zugang-zu-den-kabelkanalisationen-rückbau-sunrise-vs-swisscom-2015-12-08-692e7c du 8 décembre 2015

IT: COMCOM

zugang-zu-den-kabelkanalisationen-rückbau-sunrise-vs-swisscom-2015-12-08-692e7c del 8 dicembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Verfahrensvoraussetzungen

#### **E. 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).

#### **E. 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). Vorliegend sind sich die Parteien in ihren Vertragsverhandlungen betreffend Zugang zu den Kabelkanalisationen (KKF) betreffend Rückbaupflicht (Vertragsurkunde Ziff. 4.6; Handbuch Betrieb Ziff. 3.12) nicht einig geworden. Für diese beantragt die Gesuchstellerin die verfügungsweise Festlegung durch die ComCom. Dabei handelt es sich um eine Streitigkeit über die Bedingungen des Zugangs gemäss Art. 11a FMG, sodass die ComCom für die Behandlung des Gesuchs vom 25. Juli 2014 zuständig ist.

#### **E. 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, Rz. 13 zu Art. 25). 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, 2004, S. 52). Die Gesuchstellerin stellt in ihrem Gesuch vom 25. Juli 2014 das Rechtsbegehren, die im Vertrag Zugang zu Kabelkanalisationen FMG enthaltene Pflicht der Gesuchstellerin, das Kabel nach Beendigung der Einzelvereinbarung innert eines Jahres auf eigene Kosten vollständig zurückzubauen bzw. – falls es nicht zurückgebaut wird – eine vorgezogene pauschale Entschädigung für Rückbau und Entsorgung zu zahlen, sei mit Wirkung per Vertragsunterzeichnung zu entfernen. Überdies enthält das Gesuch einen weiteren Antrag verfahrensrechtlicher Natur (vgl. dazu unten Ziff. 1.7).

Aktenzeichen: OS 43-00010

7/18

Die Gesuchsgegnerin hält in ihrer Gesuchsantwort vom 26. September 2014 am Wortlaut von Ziff. 4.6 der Vertragsurkunde Kabelkanalisationen und somit an der Rückbaupflicht grundsätzlich fest. Demgegenüber beantragt sie die Verfügung einer neuen Regelung in Ziff. 3.12 des Handbuchs Betrieb Kabelkanalisationen, wonach keine Verpflichtung der Gesuchstellerin mehr bestünde zur Bezahlung einer vorgezogenen, pauschalen Entschädigung für Rückbau und Entsorgung, falls im Einzelfall ein Rückbau des Kabels nicht möglich erscheint. Die Gesuchsgegnerin hat sich dergestalt dem Antrag der Gesuchstellerin unterzogen, die vertragliche Verpflichtung zur Bezahlung einer vorgezogenen pauschalen Entschädigung für Rückbau und Entsorgung zu streichen. Streitig bleibt somit einzig die vertragliche Verpflichtung der Gesuchstellerin, bei Beendigung einer Einzelvereinbarung die rückbaufähigen Kabel auf eigene Kosten auszuziehen bzw. rückzubauen. In der Replik vom 5. Dezember 2014 hält die Gesuchstellerin an ihren Rechtsbegehren fest. Die Gesuchsgegnerin hält in der Duplik vom 16. Februar 2015 ihrerseits an den in der Stellungnahme vom 26. September 2014 gestellten Anträgen fest. Die Gesuchstellerin beantragt die verfügungsweise Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Streichung der strittigen Vertragsregelung. Die ComCom ist an das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin gebunden und mithin nicht aufgerufen, anstelle der Parteien eine Vertragsregelung zu verfügen. Daran ändert auch das Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin nichts, die von der ComCom die Verfügung eines neuen Vertragstextes verlangt. Die Gesuchsgegnerin kann ihre Parteirechte ausschliesslich im Rahmen des Verfahrensgegenstands ausüben, der von der Gesuchstellerin bestimmt wird. Sie kann den Verfahrensgegenstand nicht ausweiten oder ändern. Damit ergibt sich zusammenfassend, dass die im Vertrag Zugang zu Kabelkanalisation FMG enthaltene Pflicht der Gesuchstellerin, nach Beendigung der Einzelvereinbarung ein rückbaufähiges Kabel innert eines Jahres auf eigene Kosten vollständig auszuziehen, den verbleibenden Verfahrensgegenstand bildet.

#### **E. 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 das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet, und es dient damit der

Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 131). Mit der letzten Revision des Fernmeldegesetzes, die am 1. April 2007 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber an der so genannten Ex-post-Regulierung festgehalten. Der ComCom als eidgenössischer Regulierungsbehörde ist es im Unterschied zu den umliegenden euro-

Aktenzeichen: OS 43-00010

8/18

päischen Ländern verwehrt, von Amtes wegen die relevanten Märkte zu definieren, die Anbieterinnen zu bezeichnen, die auf diesen Märkten eine beherrschende Stellung einnehmen und diesen Anbieterinnen bestimmte Pflichten aufzuerlegen. Eine Regulierung kann lediglich auf Antrag einer Anbieterin von Fernmeldediensten (FDA) und im Rahmen der von ihr gestellten Rechtsbegehren vorgenommen werden. Aufgrund oben stehender Ausführungen hat die Gesuchstellerin grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an einem behördlichen Entscheid über die strittigen Vertragsbestimmungen bzw. über die gestellten Rechtsbegehren.

### **E. 1.5**

Verhandlungsfrist Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom nur auf Gesuch einer Partei Zugangsbedingungen verfügen; von Amtes wegen ist ihr dies verwehrt. Der Gesetzgeber räumt damit der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien Priorität gegenüber der behördlichen Festsetzung der Zugangsbedingungen ein (sog. Verhandlungsprimat). Die Bestimmung sieht weiter vor, dass die ComCom erst angerufen werden kann, wenn sich die beteiligten Anbieterinnen nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen einigen konnten. Bei dieser Dreimonatsfrist handelt es sich um eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3). Im Sommer 2013 unterbreitete die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin ein neues, überarbeitetes Vertragswerk betreffend den Zugang zu Kabelkanalisationen FMG (KKF). Die Parteien unterzeichneten den neuen Vertrag am 7. bzw. 11. April 2014. Nebst verschiedenen Änderungen des Standardvertrags wiesen die Parteien auch einen Dissens betreffend die Rückbaupflicht aus. Das Gesuch um Festlegung der Zugangsbedingungen datiert vom 25. Juli 2014, so dass die dreimonatige Verhandlungsfrist somit eingehalten wurde.

### **E. 1.6**

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt sind und auf das Gesuch vom 25. Juli 2014 einzutreten ist. Zu entscheiden ist demnach über die beantragte Streichung der strittigen Vertragsbestimmung betreffend Rückbaupflicht.

### **E. 1.7**

Verfahrensanträge Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 25. Juli 2014 sodann, sie sei in hängigen Zugangsverfahren (Drittverfahren) beizuladen, soweit diese den vorliegenden Verfahrensgegenstand beschlagen und sofern nicht Parallelität im Verfahrensablauf hergestellt werde. Der Antrag auf Beiladung ist unter der Bedingung formuliert, dass mit allfälligen hängigen Drittverfahren nicht Parallelität im Verfahrensablauf hergestellt werde. Bei der ComCom ist ein zweites Zugangsverfahren mit analogem Verfahrensgegenstand hängig. Die Instruktion der beiden Verfahren wurde vom BAKOM weitgehend zeitgleich durchgeführt, so dass die ComCom ihre Entscheide in den

beiden Verfahren materiell aufeinander abstimmen kann.

Aktenzeichen: OS 43-00010

9/18

Auf die Beiladung der Gesuchstellerin im parallelen Zugangsverfahren konnte deshalb verzichtet werden.

## **E. 2**

Gewährung des Zugangs zu den Kabelkanalisationen

### **E. 2.1**

Marktbeherrschung Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmel- dediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise so- wie zu kostenorientierten Preisen Zugang zu den Kabelkanalisationen gewähren, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen. Als Kabelkanalisationen gelten gemäss Art. 3 Bst. eter FMG unterirdische Rohre, in welche die Leitungen zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen eingezogen sind, einschliesslich der Zugangsschächte. In der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 784.101.1) wird in Art. 63 Abs. 1 ausgeführt, dass die marktbeherrschende Anbieterin in ihrem Basisangebot die technischen und kommerziellen Bedingungen für den Zugang zu den Kabelkanalisatio- nen veröffentlicht, namentlich die Modalitäten für den Zugang zu den Kabelkanalisationen sowie für die Verlegung, den Unterhalt und die Entfernung der Kabel. Das Fernmelderecht regelt nicht, was im Falle der Beendigung eines Vertragsverhältnisses über die Mitbenüt- zung der Kabelkanalisationen einer marktbeherrschenden Anbieterin gilt. Es enthält na- mentlich keine Regelung zur Frage, ob die verbleibenden Kabel in das Eigentum der markt- beherrschenden Anbieterin fallen oder ob die alternative Anbieterin ihre Kabel rückbauen muss. Die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin ist im vorliegenden Verfahren dem Grund satze nach unbestritten, so dass diese verpflichtet ist, den Zugang zu den Kabelkanalisati- onen zu kostenorientierten Preisen zu gewähren. Die Gesuchsgegnerin macht allerdings an verschiedenen Stellen in ihren Eingaben geltend, sie sei weder für den Einzug noch für den Auszug bzw. für den Rückbau von Kabeln marktbeherrschend. Demzufolge treffe sie auch keine Pflicht, eine solche Dienstleistung anzubieten oder gar mit dem Rückbau ver- bundene Kosten zu tragen. Aus den Ausführungen der Gesuchsgegnerin geht nicht klar hervor, welche rechtlichen Fol- gerungen sie daraus zieht. Im jeden Fall bestreitet sie nicht, grundsätzlich zu einem regu- lierten Angebot für den Zugang zu den Kabelkanalisationen verpflichtet zu sein. Zu diesem Angebot gehören sämtliche Modalitäten der Nutzung der Kabelkanalisationen wie auch der Beendigung des Nutzungsverhältnisses. Die Regelung einer Rückbaupflicht nach Beendi- gung des Nutzungsverhältnisses stellt mit anderen Worten eine Bedingung des Zugangsan- gebots dar und untersteht dergestalt den einschlägigen Regulierungsvorschriften. Die Com- Com ist somit befugt, die Rechtmässigkeit der streitigen Rückbaupflicht zu überprüfen und über diese Zugangsbedingung gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG zu verfügen.

### **E. 2.2**

Bisheriges Vertragswerk zu KKF Zwischen den Parteien besteht bereits seit einigen Jahren ein Vertragswerk über die Mo- dalitäten, zu welchen die Gesuchstellerin die Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin für die Verlegung von eigenen Kabeln

mitbenützen kann. Auf Initiative der Gesuchsgegnerin

Aktenzeichen: OS 43-00010

10/18

verhandelten die Parteien über ein neues, in verschiedenen Punkten geändertes Vertragswerk und unterzeichneten dieses im April 2014. Gestützt darauf können die Parteien in der Folge Einzelvereinbarungen über den Bezug konkreter Leistungen abschliessen, mithin über die Benützung eines konkreten Teilstücks der Kabelkanalisation. Keine Einigung konnten die Parteien über die Folgen einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung erzielen. Zum unterzeichneten Vertragswerk haben die Parteien einen Dissens betreffend die Rückbaupflicht ausgewiesen. Dort wird festgehalten, dass die Gesuchstellerin mit der Regelung betreffend Rückbaupflicht, welche für die ab Vertragsunterzeichnung für die ab diesem Zeitpunkt eingezogenen Kabel gilt, nicht einverstanden sei: Sie lehne eine Rückbauverpflichtung ihrer rückbaufähigen Kabel auf eigene Kosten bzw. eine Kostentragungspflicht für den späteren Rückbau von nicht rückbaufähigen Kabeln nach Beendigung der entsprechenden Einzelvereinbarungen durch die Gesuchstellerin grundsätzlich ab. Das bisherige Vertragswerk sah vor, dass bei einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung die von der Anbieterin verlegten und in der Kanalisation belassenen Kabel entschädigungslos in das Eigentum der Gesuchsgegnerin fallen. Diese Regelung galt nicht nur zwischen den Verfahrensparteien, sondern auch in allen anderen Verträgen zwischen der Gesuchsgegnerin und anderen Anbieterinnen über den Zugang zu den Kabelkanalisationen. Neu verlangt die Gesuchsgegnerin in ihrem Standardvertrag, dass nach einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung die Kabel der Anbieterin rückgebaut werden müssen, verbunden mit einer Kostentragungsregel, falls ein Kabel als nicht rückbaufähig eingestuft wird. Im Nachhinein verzichtete die Gesuchsgegnerin, wie unter Ziff 1.3 hievordargelegt, auf die Kostentragungsregel im Falle von nicht rückbaufähigen Kabeln.

### **E. 3**

Alle übrigen Teilstrecken gelten als nicht-rückbaufähig. Dies insbesondere deshalb, weil eine von mehreren in einem Rohr verlegte Teilstrecke kaum ohne Beschädigung der übrigen Teilstrecken zurückgebaut werden kann. Die Gesuchstellerin kritisiert das vertraglich normierte Vorgehen, weil der Entscheidprozess, ob ein Rückbau zu erfolgen hat bzw. ob ein Kabel rückbaufähig ist, intransparent sei. Zwar würden gewisse Kriterien aufgestellt, wann ein Kabel als rückbaufähig gelte. Dennoch behalte sich die Gesuchsgegnerin vor, im Einzelfall und auf Grund der konkreten Gegebenheiten zu entscheiden, ob bzw. wann ein Kabel einer neuen Nutzung bzw. einem anderen Zweck zugeführt werde. Die Gesuchsgegnerin hält demgegenüber fest, dass "ihr Projektleiter aufgrund der Daten aus dem PTA (elektronisches Kanalisations-Tool der Gesuchsgegnerin, in dem alle Kabel in einem elektronischen Plan eingetragen und beschriftet sind) und der konkreten Situation vor Ort" entscheide, ob ein Kabel bereits bei der Ausserbetriebnahme zurückgebaut werden könne oder nicht. Je länger ein Kabel in der Kabelkanalisation liege, desto eher seien die Kabel verdreht, verkeilt, „verklebt“ oder geschichtet und entsprechend schwieriger sei ein Rückbau. Die Regelung in Ziff. 3.12.1 Handbuch Betrieb, wonach im Einzelfalle und auf Grund der konkreten Gegebenheiten entschieden wird, ob das Kabel belassen oder einem anderen Zweck zugeführt wird, ist im Lichte des vertraglichen Grundsatzes auszulegen, wonach bei Ablauf der Vertragsdauer die Kabel nach Möglichkeit

zurückgebaut werden. Ein Belassen des Kabels kommt mithin nur dann in Frage, wenn im Einzelfall ein Risiko der Beschädigung anderer Kabel oder Anlagen beim Herausziehen zu befürchten ist. Demgegenüber wäre es der Gesuchsgegnerin verwehrt, ein rückbaufähiges Kabel einer Anbieterin nach Beendigung des Vertrags zu belassen, weil es von der Gesuchsgegnerin weiterverwendet werden kann bzw. aufgrund der weiteren Verwendbarkeit für sie einen ökonomischen Wert darstellt. Andernfalls müsste die Regelung in der Tat als intransparent bezeichnet werden. Ebenso würde eine solche Praxis Anbieterinnen diskriminieren, weil die Rückbaupflicht faktisch nur angewandt würde, wenn sich ein Kabel als rückbaufähig erweist und von der Gesuchsgegnerin nicht für eigene Zwecke übernommen wird. Die Entscheidung über die Rückbaufähigkeit eines Kabels ist sodann in Ziff. 3.12.2 Handbuch Betrieb beschrieben. Daraus geht hervor, dass ein Kabel dann nicht als rückbaufähig eingestuft wird, wenn aufgrund der konkreten Gegebenheiten zu befürchten ist, dass beim Herausziehen andere Kabel oder Anlagen beschädigt würden. Es besteht somit ein klares Kriterium, weshalb ein Kabel als rückbau- bzw. nicht-rückbaufähig bezeichnet wird. Bei der Beurteilung eines Kabels kommt der Gesuchsgegnerin zweifellos ein gewisses Ermessen zu. Die Entscheidung über die Rückbaufähigkeit müsste nachvollziehbar begründet sein und, was allerdings nicht explizit geregelt ist, von der Kabeleigentümerin (Nutzerin) überprüft

Aktenzeichen: OS 43-00010

14/18

werden können. Diese könnte beispielsweise auch eine Beurteilung des Kabels durch eine unabhängige und sachverständige Drittperson verlangen. Wird ein Kabel als nicht-rückbaufähig eingestuft, so wird es in der Kabelkanalisation belassen. Diese Regelung dient dazu, voraussehbare Schäden beim Auszug zu vermeiden. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass auch beim Auszug eines rückbaufähigen Kabels Schäden entstehen. Dieses Risiko wäre wohl von der Kabeleigentümerin zu tragen. Diese könnte deshalb versucht sein, das Schadensrisiko mit zusätzlichem Aufwand beim Kabelauszug zu minimieren. Es fragt sich deshalb, ob es sachgerecht ist, die Rückbaufähigkeit eines Kabels einzig nach Massgabe der technischen Machbarkeit eines Auszugs, ohne dass ein Schaden an anderen Kabeln bereits absehbar ist, zu beurteilen. Kann ein Kabel bei einem Schacht herausgezogen werden, so bewegt sich der mit dem Rückbau verbundene Aufwand im Rahmen des Aufwands, der beim Einzug eines Kabels anfällt. Ein solcher Aufwand erscheint als üblich und kann somit grundsätzlich als zumutbar erachtet werden. Muss indessen für den Rückbau eine Teilstrecke mittels Grabarbeiten geöffnet werden, so entsteht ein ungleich grösserer Aufwand, bei dem die Zumutbarkeit für die Pflichtige fraglich erscheint. Die ComCom erachtet die Regelung zur Beurteilung der Rückbaufähigkeit grundsätzlich als nachvollziehbar und mit dem Transparenzgebot vereinbar. Hingegen kann aufgrund der Regelung nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Pflicht zum Rückbau eines Kabels im Einzelfall aufgrund des Aufwands als unverhältnismässig erweist. Aus den nachfolgenden Erwägungen kann hier offenbleiben, ob die Regelung bereits deshalb abzuändern oder zu ergänzen ist.

### **E. 3.1**

Platzknappheit

#### **E. 3.1.1**

Heutiger Ressourcenbedarf Die Gesuchstellerin widerspricht der Behauptung, dass die intensivere Nutzung der vorhandenen Ressourcen bis anhin zu vermehrter Platzknappheit in den Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin geführt habe. Eigene statistische Untersuchungen zeigten, dass sich seit 2011 der Anteil der realisierbaren Projekte nicht verändert habe und sich bei knapp 90% bewege (Replik, Rz. 16 und Beilage zu Replik). Der Gesuchsgegnerin ist insofern zuzustimmen, als eine vermehrte Nachfrage von Anbieterinnen nach Benützung der Kabelkanalisation grundsätzlich zu einer höheren Belegung und damit zu einer Reduktion der freien Kapazitäten in den Kabelkanalisationen führt. Demgegenüber ist aufgrund der Aktenlage nicht davon auszugehen, dass die bisherige Nachfrage von Anbieterinnen nach Benützung der Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin bereits dazu geführt hätte, dass heute von einer akuten Verknappung der Lehrrohrkapazitäten gesprochen werden müsste, der es sofort zu begegnen gälte. So hat die Nachfrage von Anbieterinnen zwar zweifellos zugenommen. Der Anteil der von Anbieterinnen mitbenützten Kabelkanalisation ist jedoch im Vergleich zur Gesamtlänge der Kabelkanalisation der Gesuchsgegnerin immer noch relativ gering. Ebenso kann davon ausgegangen werden, dass sich der Anteil der realisierbaren KKF-Projekte in den letzten Jahren nicht wesentlich verändert hat. Heute beanspruchen die Anbieterinnen den Zugang zu den Kabelkanalisationen vorab zum Verlegen von Glasfaserkabeln, die einfacher eingezogen werden können und weniger Platz beanspruchen, als vormals das Verlegen von Kupferkabeln. Sollten Letztere dereinst gänzlich als Übertragungsmedium wegfallen und durch Glasfaserkabel ersetzt werden, so würde der Rückbau der Kupferkabel – soweit technisch möglich – wiederum reichlich Platz schaffen. Somit ergibt sich, dass zum heutigen Zeitpunkt keine akute Platzknappheit besteht, welche eine sofortige Massnahme zur Schaffung von Lehrrohrkapazitäten erfordern würde.

### **E. 3.1.2**

Sicherung des künftigen Bedarfs Auch wenn heute noch keine akute Platzknappheit in den Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin herrscht, so ist es dieser dennoch grundsätzlich nicht untersagt, die Folgen einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung neu zu regeln. Die Gesuchsgegnerin betont denn auch, dass mit der Rückbaupflicht vorab künftigen Platzknappheiten vorgebeugt werden soll, indem bereits heute die vorhandenen Kapazitäten sinnvoll und effizient genutzt würden.

Aktenzeichen: OS 43-00010

12/18

Es erscheint an sich sinnvoll, bereits heute einer allfälligen künftigen Platzknappheit vorzubeugen. Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn sich die Gesuchsgegnerin darum besorgt zeigt, für alle nachfragenden Anbieterinnen den zukünftigen Bezug zu sichern. Im Hinblick auf die Erzielung von wirksamem Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG) ist es unerlässlich, dass alle Anbieterinnen die Möglichkeit erhalten, die bestehenden Kabelkanalisationen für ihre eigenen Kabel mitbenützen zu können. So wäre eine Duplizierung von Kabelkanalisationen volkswirtschaftlich nicht sinnvoll, solange die bestehenden Kapazitäten ausreichen. Die Gesuchsgegnerin ist als marktbeherrschende Anbieterin zwar verpflichtet, den Zugang zu ihren eigenen Kabelkanalisationen anderen Anbieterinnen zu gewähren, soweit ausreichende Kapazitäten vorhanden sind. Hingegen ist sie nicht verpflichtet, zusätzliche Kapazitäten zu schaffen. Es ist deshalb durchaus zu begrüßen, wenn die Gesuchsgegnerin bestrebt ist, den Bedarf ihrer

potenzi- ellen Konkurrentinnen nach Möglichkeit auch künftighin abdecken zu können. Somit ergibt sich, dass es der Gesuchsgegnerin grundsätzlich nicht verwehrt ist, die Folgen einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung neu zu regeln, um einer allfälligen künftigen Platzknappheit vorzubeugen.

### **E. 3.2**

**Rückbaupflicht** Im Weiteren ist zu prüfen, ob die Statuierung einer Rückbaupflicht bei einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung eine sachgerechte Regelung darstellt, na- mentlich, um einer allfälligen künftigen Platzknappheit vorzubeugen.

#### **E. 3.2.1**

**Rückbaufähigkeit** Die Gesuchsgegnerin entscheidet gemäss ihrem Handbuch Betrieb im Einzelfalle und auf Grund der konkreten Gegebenheiten, ob das Kabel (wegen des Risikos beim Herauszie- hen) belassen oder einem anderen Zweck zugeführt wird (Ziff. 3.12.1). Ziff. 3.12.2, Rück- bauten, lautet sodann wie folgt: 1. Im Zusammenhang mit der Beendigung von Kabelkanalisationen wird zwi- schen rückbau- und nicht-rückbaufähigen Kabeln unterschieden. Die Ein- ordnung erfolgt dabei für jede Teilstrecke separat. 2. Als rückbaufähig gelten folgende gekündigte Teilstrecken: a) Teilstrecken, die alleine in der Kabelkanalisation bzw. in einem Rohr eingelegt sind; b) Teilstrecken, die ausschliesslich mit anderen beendeten Teilstrecken der Kabeleigentümerin in der Kabelkanalisation bzw. in einem Rohr ein- gelegt sind und c) Teilstrecken, die ausschliesslich mit nicht mehr benötigten Teilstrecken der an der Kabelkanalisation berechtigten Dritten in der Kabelkanalisa- tion bzw. in einem Rohr eingelegt sind.

Die Teilstrecken gemäss Buchstaben a) und b) sind von der Kabeleigentü- merin innerhalb eines Jahres nach Beendigung auf eigene Kosten vollstän- dig zurückzubauen.

Aktenzeichen: OS 43-00010

13/18

Die Teilstrecken gemäss Buchstaben c) sind grundsätzlich ebenfalls inner- halb eines Jahres ab Beendigung zurückzubauen. Die Koordination und die Bestimmung des Zeitpunkts des Rückbaus erfolgt jedoch durch die an der Kabelkanalisation berechnigte Vertragspartei.

#### **E. 3.2.2**

**Diskriminierungsverbot** Die umstrittene Vertragsbestimmung verpflichtet die Gesuchstellerin, nach einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung ein rückbaufähiges Kabel in jedem Fall auszuziehen. Demgegenüber auferlegt sich die Gesuchsgegnerin keine solche Pflicht bei der Ausserbetriebnahme von eigenen Kabeln. Zwar würden auch eigene Kabel soweit möglich und sinnvoll rückgebaut. Dabei werde auf die jeweiligen Gegebenheiten Rücksicht genommen, um den Rückbau effizient und ohne negative Folgen für die verbleibenden Ka- bel vornehmen zu können (Stellungnahme vom 26.09.2014, Rz. 20). Es sei systemimma- nent, dass die Gesuchsgegnerin im Rahmen der Bewirtschaftung der eigenen Kabel Sy- nergien nutzen könne, welche die Gesuchstellerin bei ihren Kabeln nicht nutzen könne (Duplik vom 16.02.2015, Rz. 25 und 44). Aufgrund der Aktenlage ist davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin eigene stillge- legte Kabel nicht in jedem Fall im Zeitpunkt der Ausserbetriebnahme auszieht. Vielmehr entscheidet sie im Einzelfall, ob ein sofortiger Rückbau sinnvoll erscheint oder ob ein Kabel erst zu einem späteren Zeitpunkt,

beispielsweise im Zuge von Unterhaltsarbeiten an der Teilstrecke, ausgezogen wird. In anderen Fällen dürfte die Gesuchsgegnerin ein stillgelegtes Kabel auch belassen, weil sie beispielsweise eine spätere Wiederverwendung des Kabels nicht gänzlich ausschliesst. Sie könnte auch schlicht deshalb ein Kabel belassen, weil dies im Gegensatz zum Rückbau keine unmittelbaren Kosten verursacht. Zumindest trifft

Aktenzeichen: OS 43-00010

15/18

die Gesuchsgegnerin keine absolute Rückbaupflicht bei der Ausserbetriebnahme eines Kabels. Der Umgang der Gesuchsgegnerin mit eigenen stillgelegten Kabeln erscheint betriebswirtschaftlich sinnvoll, die Nutzung von Synergien ist ihr jedenfalls nicht vorzuwerfen. Der unterschiedliche Umgang mit den eigenen und den Kabeln der Mitbenutzer führt indessen zu einem Vorteil der Gesuchsgegnerin, der nicht gerechtfertigt erscheint. Als marktbeherrschende Anbieterin ist die Gesuchsgegnerin verpflichtet, den Zugang zu den Kabelkanalisationen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu gewähren (Art. 11 Abs. 1 FMG). Das gesetzlich statuierte Diskriminierungsverbot ist in Art. 52 Abs. 2 FDV konkretisiert worden, wonach andere Anbieterinnen insbesondere nicht schlechter gestellt werden dürfen als eigene Geschäftseinheiten. Das Diskriminierungsverbot ist vorab als Gleichbehandlungsgebot zu verstehen, das die alternativen Anbieterinnen vor der historisch gewachsenen Marktmacht von Swisscom zu schützen versucht. Es dient unbestrittenermassen dem Ziel und Zweck der Zugangsregulierung, Chancengleichheit zwischen marktbeherrschenden und alternativen Anbieterinnen herzustellen und dergestalt einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu ermöglichen. Indem die Gesuchsgegnerin wählen kann, ob sie ein stillgelegtes Kabel belassen oder ausziehen will bzw. bei einem Rückbau Synergien aus ohnehin vorzunehmenden Arbeiten nutzen kann, entsteht ihr beim Auf- und Ausbau ihrer Netze gegenüber der Gesuchstellerin ein pekuniärer Vorteil, der nicht zu rechtfertigen ist. Die vertraglich statuierte Rückbaupflicht der Gesuchstellerin nach einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung verstösst damit gegen das Diskriminierungsverbot.

### **E. 3.2.3**

**Markt- und Branchenüblichkeit** Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass sowohl die Deutsche Telekom AG (DTAG) als auch die A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft vergleichbare Regelungen in ihren Verträgen hätten, wonach bei einer Kündigung eines Kabelkanalisationsabschnittes die Anbieterin aufgefordert werde, das Kabel herauszuziehen und den Zustand vor Vertragsbeginn wieder herzustellen. Sie schliesst daraus, dass ihre hier bestrittene Vertragsregelung markt- und branchenüblich sei. Der Verweis auf, offenbar, analoge Regelungen bei zwei ausländischen Anbieterinnen vermag die Markt- und Branchenüblichkeit der Vertragsregelung der Gesuchsgegnerin nicht zu belegen. Ein Blick in die gesetzlichen Bestimmungen der EU-Länder sowie in die Standardvertragsregelungen europäischer Incumbents zeigt, dass die Frage des Rückbaus sehr unterschiedlich gehandhabt wird. Einige Länder kennen tatsächlich eine grundsätzliche Pflicht zum Rückbau bei Beendigung eines entsprechenden Vertragsverhältnisses. Allerdings sind die Folgen einer solchen Rückbaupflicht nicht zwingend dieselben. Es gibt Regelungen, wonach ein stillgelegtes Kabel sofort oder erst innert einer bestimmten Frist nach der Ausserbetriebnahme ausgezogen werden muss; eine weitere Regelung sieht hinsichtlich des Zeitpunkts vor, dass der Rückbau erst vorgenommen werden muss, wenn der

Platz tatsächlich beansprucht wird. In einigen Fällen trifft die Pflicht, ein unbenutztes Kabel  
Aktenzeichen: OS 43-00010

16/18

zu entfernen, nicht nur die alternative Anbieterin, sondern gleichermassen auch den Incumbent bzw. die marktbeherrschende Anbieterin, welche den Zugang gewährt. Diese Pflicht greift wiederum dann, wenn der Platz gebraucht wird bzw. nach Bedarfsanfrage einer alternativen Anbieterin. Schliesslich besteht in einigen Fällen auch die Regelung, dass Eigentum und Verfügungsrecht über ein unbenutztes Kabel nicht automatisch an die marktbeherrschende Anbieterin übergehen. Aufgrund der heterogenen Regelungen in den EU-Ländern bzw. bei europäischen marktbeherrschenden Anbieterinnen, die den Zugang zu ihren Kabelkanalisationen gewähren müssen, kann nicht gesagt werden, dass die hier strittige Vertragsregelung markt- und branchenüblich ist. Eine solche Schlussfolgerung kann umso weniger gezogen werden, als die Gesuchsgegnerin selbst bis anhin keine vertragliche Rückbaupflicht vorsah.

### **E. 3.3**

Fazit Die ComCom kommt somit zum Schluss, dass die vertragliche Rückbaupflicht nach einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung gegen das Diskriminierungsverbot verstösst und deshalb antragsgemäss zu streichen ist.

### **E. 4**

Künftige Vertragsregelung Die Gesuchstellerin hat der ComCom beantragt, die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die im Vertrag Zugang zu Kabelkanalisationen FMG, unterzeichnet am 7. bzw. 11. April 2014, enthaltene Pflicht der Gesuchstellerin, das Kabel nach Beendigung der Einzelvereinbarung innert eines Jahres auf eigene Kosten vollständig zurückzubauen bzw. — falls es nicht zurückgebaut wird — eine vorgezogene pauschale Entschädigung für Rückbau und Entsorgung zu zahlen (Ziff. 4.6 Vertragsurkunde und Ziff. 3.12 Handbuch Betrieb), mit Wirkung per Vertragsunterzeichnung zu entfernen. Die ComCom wird mithin nicht aufgefordert, an Stelle der bestrittenen eine neue Regelung zu verfügen. Mit der Streichung der diskriminierenden Rückbaupflicht und allfälliger Entschädigungsleistung kommt zwischen den Parteien bei einer Kündigung oder sonstigen Beendigung einer Einzelvereinbarung wiederum die Regelung zum Tragen, die bereits im vormaligen Vertragswerk galt. Demnach geht das Kabel entschädigungslos in das Eigentum der Gesuchsgegnerin über. Diese entscheidet im Einzelfall und aufgrund der konkreten Gegebenheiten, ob das Kabel belassen (Risiko von Beschädigungen beim Ausziehen), ausgezogen oder einem anderen Zweck zugeführt wird. Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin erachtet die ComCom diese (bisherige) Regelung weiterhin als sachgerecht. So blieb unbestritten, dass bisher erst wenige Teilstrecken gekündigt wurden, so dass die Ressourcen nicht mit stillgelegten Kabeln von alternativen Anbieterinnen belegt sind, die von der Gesuchsgegnerin dereinst rückgebaut werden müssten. Folglich fallen vorläufig bei ihr nur marginale Rückbaukosten an. Demgegenüber können einzelne stillgelegte Kabel für einen neuen Zweck wieder verwendet werden, so dass auch belassene Kabel für die Gesuchsgegnerin durchaus einen ökonomischen Wert haben können. Schliesslich kann einer nachfragenden Anbieterin im Einzelfall

Aktenzeichen: OS 43-00010

17/18

angeboten werden, auf eigene Kosten ein Kabel auszuziehen, um einen Kapazitätsengpass auf einer Teilstrecke zu beheben. Der Gesuchsgegnerin bzw. den Vertragsparteien bleibt es selbstverständlich im Rahmen des Verhandlungsprimats unbenommen, für die Zukunft nach einer alternativen sachgerechten Regelung für stillgelegte Kabel zu suchen, die im Einklang mit dem Fernmelderecht steht. So waren in der bisherigen Praxis zum Nachweis kostenorientierter Preise für die Benützung der Kabelkanalisationen die Kosten für den Umbau oder Abbruch von Kabeln nicht als relevante Kosten anerkannt. Im Lichte des am 1. Juli 2014 in Kraft getretenen Art. 54a FDV erscheint es allerdings nicht von vornherein ausgeschlossen, die Kosten für den Kabelrückbau als Teil der relevanten Kabelkanalisationskosten anzusehen. Dergestalt würden die Rückbaukosten von sämtlichen Nutzenden der Kabelkanalisationen im Verhältnis ihrer Nutzung getragen. Daneben gäbe es wohl noch andere Ansätze, im Hinblick auf eine allfällige künftige Platzknappheit den Rückbau von Kabeln und die damit verbundenen Kosten nichtdiskriminierend zu regeln. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrensgegenstands ist es der ComCom jedoch verwehrt, andere Regelungen zu beurteilen oder gar zu verfügen.

### III Kosten [...]

Aktenzeichen: OS 43-00010

18/18

Aus diesen Gründen wird verfügt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.