

Eidgenössisches Departement für
Umwelt, Verkehr, Energie und
Kommunikation UVEK
Frau Bundespräsidentin S. Sommaruga
3003 Bern

per E-Mail: tp-secretariat@bakom.admin.ch

Zürich, 14. April 2020

Stellungnahme des HEV Schweiz

Vernehmlassung zur Revision der Verordnungen zum FMG

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

I. Einleitende Bemerkung

Mit Ihrem Schreiben vom 6. Dezember 2019 haben Sie die Vernehmlassung zur Revision der Verordnungen zum Fernmeldegesetz (FMG) eröffnet. Die Frist zur Stellungnahme lief am 25. März 2020 ab. Diese wurde mit E-Mail von Herrn Hürlimann, Leiter Sektion Telekommunikation, vom 19. März 2020 bis am 5. April 2020 verdankenswerterweise erstreckt.

Für die uns gebotene Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens. Der HEV Schweiz ist mit seinen rund 330'000 Mitgliedern der grösste Vertreter der Haus-, Grund- und Stockwerkeigentümer in der Schweiz. Da die Interessen unserer Mitglieder von der Änderung der Verordnungen zum FMG betroffen sind, machen wir von der Möglichkeit zur Stellungnahme Gebrauch und halten Folgendes fest.

II. Allgemein

Das Parlament hat am 22. März 2019 die Änderungen zum FMG verabschiedet. Die Referendumsfrist läuft am 9. April 2020 ab. Im Hinblick auf sein Inkrafttreten müssen die dazugehörigen Verordnungen angepasst werden.

Der HEV Schweiz hat bereits im Vernehmlassungsverfahren und in der parlamentarischen Debatte zum revidierten Fernmeldegesetz, insbesondere Art. 35a und 35b nFMG, mit der folgenden Begründung kritisiert. Der freie und funktionierende Wettbewerb zwischen den Fernmeldediensteanbietern (FDA) ist nach Auffassung des HEV Schweiz wichtig. Immobilieneigentümer sind jedoch nicht Marktplayer im Fernmeldedienst. Es ist daher auch nicht sach-

gerecht, dass sie ihre Liegenschaften und ihren Grund und Boden als «Marktplatz» für alle Fernmeldedienstanbieter zur Verfügung stellen müssen, indem ihnen Duldungs- und Leistungspflichten auferlegt werden. Der Entscheid über bauliche Massnahmen und Nutzungsrechte an seinem Grundstück und seinem Gebäude muss dem Liegenschaftseigentümer zustehen. Solche auszuhandeln muss in einer freien Marktwirtschaft unter Respektierung der Eigentumsfreiheit der Vertragsautonomie unterliegen und darf nicht etatistisch dem Liegenschaftseigentümer aufgezwungen werden. Dies muss auch im Bereich der Grundstücks- und Gebäudenutzungen für Fernmeldedienste gelten. Der HEV Schweiz lehnt deshalb die neuen Regelungen des nFMG im Gebäudebereich ab.

Der HEV Schweiz äussert sich im Folgenden nur zur Verordnung über Fernmeldedienste (nFDV), welche Art. 35a und Art. 35b nFMG umsetzt. Die übrigen Verordnungen berühren die Interessen der privaten Liegenschaftseigentümer nicht.

III. Zur Verordnung über Fernmeldedienste (nFDV)

1. Allgemeines zur Ausführung und Umsetzung von Art. 35a und 35b nFMG

Gemäss Art. 35a Abs. 1 nFMG müssen Liegenschaftseigentümer, soweit zumutbar, nebst dem Anschluss ihrer Wahl weitere Anschlüsse bis in die Wohnungen oder die Geschäftsräume dulden, wenn eine FDA dies verlangt und die Kosten dafür übernimmt. Art. 78a nFDV soll diese Bestimmung ausführen. Gemäss erläuterndem Bericht zur Verordnung, S. 24, soll auf Verordnungsstufe nicht näher ausgeführt werden, wann ein weiterer Anschluss nicht mehr zumutbar im Sinne von Art. 35a Abs. 1 nFMG ist. Weiter hält der erläuternde Bericht Folgendes fest: *«Die Konkretisierung des gesetzlichen Vorbehalts wird der Praxis überlassen. Gemäss Art. 35b FMG ist einer FDA neu auch der Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt (BEP) sowie die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen, die der fernmeldetechnischen Übertragung dienen, zu gewähren. Das Recht einer FDA auf Zugang zum BEP sowie auf Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen ist an den Vorbehalt geknüpft, dass dies technisch vertretbar ist und keine anderen wichtigen Gründe für eine Verweigerung vorliegen (Art. 35b Abs. 1 FMG). Auf Verordnungsstufe soll nicht näher ausgeführt werden, was unter «technisch vertretbar» sowie «anderen wichtigen Gründen» zu verstehen ist. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe sollen von der Praxis konkretisiert werden.»* Es ist der Wille des Gesetzgebers, die Duldungs- und Leistungspflichten der Liegenschaftseigentümer im nFMG, also auf Gesetzesstufe, zu regeln. Es ist somit Aufgabe des Verordnungsgebers, insbesondere unbestimmte Rechtsbegriffe auf Verordnungsstufe in der nFDV auszuführen. Indem er dies der Praxis überlassen will, kommt er seiner Aufgabe nicht nach. Sowohl für die Liegenschaftseigentümer und die FDA ist es von essenzieller Bedeutung, wann ein weiterer Anschluss als zumutbar gilt und wann der Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt verweigert werden kann. Der Verordnungsgeber hat für Rechtssicherheit und Klarheit zu sorgen. Deshalb sind Ausführungsbestimmungen zu den vorgenannten unbestimmten Rechtsbegriffen in der vorliegenden Verordnung unabdinglich. Es darf nicht Sinn und Zweck der Verordnung sein, noch mehr Probleme in der Praxis zu schaffen, als ohnehin bereits bestehen.

Forderung HEV Schweiz:

Es ist auf Verordnungsstufe auszuführen, was mit «zumutbar», «technisch vertretbar» und «anderen wichtigen Gründen» gemäss Art. 35a und Art 35b nFMG gemeint ist.

2. Art. 78a nFDV: Mitbenutzung von Kabelkanalisationen und hausinternen Rohranlagen

Gemäss Art. 78a lit. a nFDV soll die Duldungspflicht des Liegenschaftseigentümers auch die Duldung der Mitbenutzung der Kabelkanalisation und die hausinternen Rohranlagen umfassen, sofern die vorhandene Kapazität ausreicht. Art. 35b FMG verwendet jedoch «gebäudeintern» statt «hausintern». Deshalb ist die Bezeichnung anzupassen. Falls die vorhandene Kapazität nicht ausreicht, soll die Erstellung einer weiteren Liegenschafterschliessung sowie von Rohranlagen geduldet werden. Wiederum ist die Formulierung unpräzise. Es ist von gebäudeinternen Rohranlagen zu sprechen.

Art. 78a lit. b nFDV verstösst gegen das Gesetz. Art. 35a Abs. 1 nFMG hält klar fest, dass eine weitere Erschliessung und weitere Anschlüsse nur geduldet werden müssen, soweit dies **zumutbar** ist. Zumutbar ist dies aber nur, wenn sämtliche bestehenden Leitungen tatsächlich genutzt werden und deshalb die Kapazität nicht ausreicht. Ein voll belegtes Rohr mit Leitungen genügt nicht. Die neu erschliessende FDA hat zuerst zu prüfen, ob die bestehenden Leitungen genutzt werden. Wird eine Leitung nicht mehr genutzt, hat die neu erschliessende FDA die Leitung auf ihre Kosten zurückzubauen und die freiwerdende Kapazität der bestehenden Anlage zu nutzen.

Der HEV Schweiz geht derzeit davon aus, dass die FDA bei Arealüberbauungen und grösseren Mehrfamilienhäusern von ihrem Recht auf eine Mitbenutzung oder Erschliessung Gebrauch machen werden, welche bereits bis und mit den Wohnungen erschlossen worden sind (Fiber to the Home, FTTH). Gemäss BAKOM ist bei der Erschliessung das Vierfasermodell anzuwenden, wobei mindestens zwei Fasern an andere FDA zur Verfügung gestellt werden müssen. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb überhaupt eine Parallelerschliessung erfolgen sollte. Dem HEV Schweiz war und ist es stets ein Anliegen, dass insbesondere Parallelerschliessungen von Liegenschaften so weit wie möglich verhindert werden. Deshalb wurde mit Swisscom im Mustervertrag 2010 (Rollout) das Vierfasermodell explizit festgehalten. Dieser Vertrag gilt als Branchenvertrag. Es geht nicht an, dass FDA die Nutzung ihrer Fasern für weitere FDA verweigern oder dies technisch verunmöglichen. Der Liegenschaftseigentümer hat darauf keinerlei Einfluss, muss aber die Mitbenutzung oder gar eine Parallelerschliessung dulden. Das ist nicht zumutbar. Es muss deshalb vorab geprüft werden, ob die bereits bestehenden, nicht exklusiven Fasern genutzt werden können. Wird die Mitbenutzung vom ersterschliessenden FDA verweigert, hat er dies dem nachsuchenden FDA und dem Liegenschaftseigentümer schriftlich mitzuteilen. Der nachsuchende FDA hat an die ComCom zu gelangen. Diese hat die Streitigkeit zu beurteilen. Gib sie dem nachsuchenden FDA Recht, erst dann ist dem Liegenschaftseigentümer die Duldungspflicht einer Parallelerschliessung gemäss Art. 78a lit. b nFDV aufzuerlegen. Der nachsuchende FDA hat den Entscheid der ComCom dem Liegenschaftseigentümer vorzulegen.

Antrag HEV Schweiz:

Art. 78a nFDV ist wie folgt anzupassen:

Mitbenutzung von Kabelkanalisationen und hausgebäudeinternen Rohranlagen

«Die Verpflichtung von Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern, nach Artikel 35a Absatz 1 FMG weitere Anschlüsse zu dulden sowie nach Artikel 35b Absatz 1 FMG den Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt zu gewähren und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen zu dulden, umfasst auch:

- a. sofern die vorhandene Kapazität ausreicht: die Duldung der Mitbenutzung der Kabelkanalisationen, die der Liegenschaftserschliessung dienen, sowie der ~~haus~~gebäudeinternen Rohranlagen;
- b. sofern die vorhandene Kapazität nicht ausreicht: die Duldung der Erstellung einer weiteren Liegenschaftserschliessung sowie von gebäudeinternen Rohranlagen, wenn sämtliche bestehenden Leitungen tatsächlich genutzt werden und deshalb die vorhandene Kapazität nicht ausreicht. Die nachsuchende Anbieterin von Fernmeldediensten hat die Nutzung der Leitungen vorab zu prüfen. Wenn ein Rückbau einer nicht mehr genutzten Leitung möglich ist, hat die nachsuchende Anbieterin diese auf ihre Kosten zurückzubauend und die freiwerdende Kapazität der bestehenden Anlage zu nutzen.»
- c. Lit. b kommt nur zur Anwendung, wenn die ersterschliessende Anbieterin von Fernmeldediensten die Mitbenutzung der bestehenden Anschlüsse, Anlagen und Leitungen verweigert. Die nachsuchende Anbieterin von Fernmeldediensten und der Liegenschaftseigentümer sind davon schriftlich in Kenntnis zu setzen, die nachsuchende Anbieterin von Fernmeldediensten die Streitigkeit durch ComCom beurteilen lässt, und der Entscheid zugunsten der nachsuchenden Anbieterin von Fernmeldediensten dem Liegenschaftseigentümer vorgelegt wird.»

3. Art. 78b nFDV: Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen

Die Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen ist im Wesentlichen auf die vorhandenen ungenutzten Leitungen ausgerichtet (Botschaft zum nFMG, BBL 2017 6644). Zwecks Wahrung der Einheitlichkeit ist der Wortlaut von Art. 78b Abs. 1 nFDV entsprechend anzupassen («Mitbenutzung von **vorhandenen** gebäudeinternen Anlagen»).

Die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen gemäss Art. 35b Abs. 1 nFMG soll auch die Duldung der Mitbenutzung der Stromanschlüsse umfassen (Art. 78b lit. a nFDV). Diese Mitbenutzung ist auf die Erbringung von Fernmeldediensten zu beschränken. Die Stromkosten sind Zusatzkosten, welche durch die Mitbenutzung entstehen. Sie sind dementsprechend dem Liegenschaftseigentümer zu entschädigen im Sinne von Art. 78c Abs. 4 nFDV. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Liegenschaftseigentümer auch noch diese Kosten zu tragen hätte.

Bei der gebäudeinternen Erschliessung kann zusätzlich ein Gebäude-OTO (Optical Telecommunications Outlet) des FDA, welcher nicht einer Nutzungseinheit zugewiesen ist, mitinstalliert werden. Dieser kann beispielsweise für die gebäudeinterne Energiesteuerung sowie im Rahmen von automatischen Fernablesesystemen genutzt werden kann. Da der Gebäude-OTO nicht der Erbringung von Fernmeldediensten dient, ist die Installation eines solchen nur mit Einverständnis und separater vertraglicher Regelung zuzulassen.

Antrag HEV Schweiz:

Art. 78b nFDV ist wie folgt anzupassen:

«Die Verpflichtung von Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern sowie von Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die Mitbenutzung **vorhandener** gebäudeinterner Anlagen nach Artikel 35b Absatz 1 FMG zu dulden, umfasst auch die Duldung:

a. der Mitbenutzung der Stromanschlüsse, **die ausschliesslich für die Erbringung von Fernmeldediensten notwendig sind, gegen Entschädigung des Liegenschaftseigentümers;**

b. der Installation von Anlagen, die einer mitbenutzenden Anbieterin zur Erbringung ihrer Fernmeldedienste dienen. **Die Installation eines Gebäude-OTO ist nur mit Einverständnis des Liegenschaftseigentümers und separater vertraglicher Regelung zulässig.»**

4. Art. 78c nFDV: Gemeinsame Regeln für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen und hausinternen Anlagen

Gemäss Art. 35b Abs. 3 nFMG stellen die Liegenschaftseigentümer den FDA auf Anfrage die erforderlichen Informationen zu den gebäudeinternen Anlagen zur Verfügung. Art. 78c Abs. 1 nFDV sieht ausführend vor, dass wenn den Liegenschaftseigentümer die erforderlichen Informationen zu den Kabelkanalisationen oder gebäudeinternen Anlagen nicht zur Verfügung stehen, die FDA, welche die Erschliessung verantwortet hat, diese Informationen auf Anfrage zur Verfügung stellen muss. Der HEV Schweiz begrüsst diese Regelung. Häufig stehen diese Informationen den Liegenschaftseigentümern nicht zur Verfügung. Diese Regelung schafft eine praktikable Lösung und vermag Art. 35b Abs. 3 nFMG zu entschärfen.

Eine Entschädigung des Liegenschaftseigentümers für die Erstellung der Anlagen wird im Gesetz nicht vorgesehen. Dies wurde vom HEV Schweiz bereits in der Vernehmlassung und der parlamentarischen Debatte stark kritisiert. Je nach Region und FDA erfolgt eine unterschiedliche Kostentragung für die Finanzierung der Anlagen (FDA und/oder Liegenschaftseigentümer). Bei der FTTH-Erschliessung werden entweder die gesamten Kosten vom FDA übernommen (beim Rollout) oder aber der Liegenschaftseigentümer trägt einen Teil der Erschliessungskosten. Der Liegenschaftseigentümer hat im zweiten Fall die Kosten für die Bereitstellung der Kabelkanalisation, die Material- und Installationskosten für den optischen Hausanschlusskasten, die Kosten für die Hauseinführung und die Steigzonenerschliessung (Erschliessung der Nutzungseinheiten) sowie die Unterhaltskosten zu tragen. Bei einer FTTB Erschliessung trägt der Liegenschaftseigentümer die Kosten der Bereitstellung der Kabelkanalisation, der Hauseinführung, der Realisierung des Stromanschlusses, des Stroms und des Unterhalts. Der vom Liegenschaftseigentümer finanzierte Teil der Anlage soll neu durch Dritte unentgeltlich fremdgenutzt werden. Die nicht erschliessenden FDA schlagen den Profit daraus, wobei der Liegenschaftseigentümer leer ausgeht. Bei vermieteten Mehrfamilienhäusern profitieren zudem die Mieter vom Mehrangebot, nicht der Liegenschaftseigentümer. Weshalb die Entschädigung von Liegenschaftseigentümer nicht ins Gesetz aufgenommen wurden, ist weder begründbar noch nachvollziehbar. Im erläuternden Bericht zur nFDV, S. 25, wird Folgendes festgehalten: *«Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer haben keinen Anspruch auf Entschädigung von Fernmeldedienstbieterinnen, welche die Liegenschaftserschliessungsanlagen oder die gebäudeinternen Anlagen mitbenutzen. Die angefallenen Kosten werden bereits über die Mieten abgegolten.»* Das ist nur bei den Neubauten zutreffend, welche im Rahmen der Erstellung erschlossen werden. Die Investition kann im Mietzins einkalkuliert und berücksichtigt werden. Bei bestehenden Bauten hingegen lassen sich die Kosten für die Glasfasererschliessung nicht zu 100% als wertvermehrende Investition auf die Mietzinse überwälzen. Gänzlich unberücksichtigt werden Stockwerkeigentümergemeinschaften (beispielsweise mit grossen gewerblich genutzten Einheiten) oder Miteigentümergemeinschaften, insbesondere wenn diese vermietet werden. **Die Begründung im erläuternden Bericht ist zu ergänzen.** Auf einen Antrag für die Entschädigung der Liegenschaftseigentümer für die Erstellungskosten oder die Mitbenutzung durch den nachsuchenden FDA wird an dieser Stelle verzichtet, zumal Art. 35b nFMG keine solche vorsieht und auf Verordnungsstufe kein Raum für eine entsprechende Regelung besteht.

Die Wiederherstellungskosten des ursprünglichen Zustandes sind von der FDA zu tragen (Art 78c Abs. 3 nFDV). Dies wird vom HEV Schweiz begrüsst und ist folgerichtig. Überdies ist jedoch auch die Pflicht zur Wiederherstellung vorzusehen.

Zudem begrüsst der HEV Schweiz, dass die Forderung der Entschädigung der Liegenschaftseigentümer für die Zusatzkosten für den Zugang und die Mitbenutzung vorgesehen wird. Nicht ersichtlich ist, weshalb nur die Zusatzkosten für den Zugang *oder* die Mitbenutzung entschädigt werden sollen (Art. 78c Abs. 4 nFDV). Sämtliche Kosten sind zu entschädigen. Die Formulierung ist anzupassen (siehe Antrag unten). Unberücksichtigt bleibt die Kostentragung der Umlegung der Anlagen, Leitungen und Anschlüsse infolge veränderter Verhältnisse. Durch die dem Liegenschaftseigentümer auferlegten Mitbenutzungs- und Duldungspflichten dürfen diesem keine Nachteile erwachsen und er darf insbesondere nicht in der gegenwärtigen und zukünftigen Nutzung seines Eigentums (Neubau, Umbau, Erneuerungen usw.) eingeschränkt werden. Ändern sich die Verhältnisse (z.B. aufgrund eines Bauprojektes), so kann der Liegenschaftseigentümer seinen Interessen entsprechend die Verlegung/Änderung der internen oder externen Infrastruktur verlangen. Damit zusammenhängende Verlegungs-, Änderungs- oder sonstige Kosten gehen vollumfänglich zu Lasten der FDA resp. der Inhaber der Mitbenutzungs- und Duldungsrechte. Dies analog der Regelung zum Notleitungsrecht gemäss Art. 693 ZGB. Der dem Liegenschaftseigentümer im Sinne eines Ausgleichs für die ihm auferlegten Duldungspflichten einen Anspruch auf die seinen Interessen entsprechenden Verlegung der Leitung gewährt, wenn sich nach deren Erstellen die Verhältnisse ändern. Artikel 693 ZGB gilt ungeachtet dessen, ob diese Pflicht durch Vertrag oder im Enteignungsverfahren begründet wurde. Analog angewendet werden kann Art. 693 ZGB sodann auch auf langfristige Durchleitungsrechte, denen lediglich obligatorische Wirkung zukommt. Der HEV Schweiz fordert deshalb, dass die Kostentragungspflicht des FDA resp. der Berechtigten/Inhaber der Mitbenutzungs- und Duldungsrechte in der nFDV analog der Regelung von Art. 693 ZGB festgelegt wird.

Nach wie vor nicht geklärt ist die Frage, an welche Instanz sich Liegenschaftseigentümer bei Streitigkeiten über den Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen mit den FDA zu wenden haben. Dies ist in einem neuen Artikel 78c Abs. 6 nFDV zu regeln.

Position HEV Schweiz

Art. 78c Abs. 1 nFDV wird vom HEV Schweiz unterstützt.

Antrag HEV Schweiz:

Art. 78c nFDV ist wie folgt anzupassen:

³ Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die Zugang zu Kabelkanalisationen oder gebäudeinternen Anlagen erhalten, **haben die Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes und** tragen die Kosten.

⁴ Entstehen einer Liegenschaftseigentümerin oder einem Liegenschaftseigentümer nachweisbare Zusatzkosten aufgrund des Zugangs **und/oder** der Mitbenutzung, kann sie oder er dafür eine Entschädigung in entsprechender Höhe von der mitnutzenden Anbieterin verlangen. **Bei Änderungen der Verhältnisse kann der Liegenschaftseigentümer eine seinen Interessen entsprechende Verlegung oder Änderung der Kabelkanalisation, Anlagen und Leitungen verlangen. Die dafür anfallenden Kosten tragen die Anbieterinnen anteilig ihrer Nutzung.**

In einem neuen Abs. 6 ist zu klären, an welche Instanz sich Liegenschaftseigentümer bei Streitigkeiten über den Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen mit den Anbieterinnen von Fernmeldediensten zu wenden haben.

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Hauseigentümerverband Schweiz

NR Hans Egloff
Präsident HEV Schweiz

MLaw Annekäthi Krebs
Rechtskonsulentin