

*Zur Diskussion / A discuter***Interkonnektion – verfassungsrechtliche Sonderstellung der Swisscom?****Eine Replik auf den Beitrag von Andreas Kley****TOMAS POLEDNA\* / LORENZO MARAZZOTTA\*\*****I. Grundlagen**

1. Die Fernmeldeverordnung FDV
2. Gesetzliche Grundlage

**II. Grundrechte der Swisscom**

1. Die Eigentumsgarantie
2. Die Wirtschaftsfreiheit

**III. Gesetzmässigkeitsprinzip**

1. Grundlegende Überlegungen zur erforderlichen Normstufe
2. Vertiefung: Erfordernis der Bestimmtheit im fernmelderechtlichen Konzessionssystem – oder: was ist das Besondere an der Rechtsposition der Swisscom?

**IV. Fazit****I. Grundlagen****1. Die Fernmeldeverordnung FDV****a) Neue Interkonnektionstatbestände**

Anlass zur Diskussion, ob die Entbündelung der «letzten Meile» mittels Verordnung erfolgen kann, bildet die am 1. April 2003 in Kraft getretene Revision der Fernmeldeverordnung (FDV)<sup>3</sup>, deren neuer Art. 43 Abs. 1 lit. a<sup>ter</sup> – a<sup>quinquies</sup> FDV die marktbeherrschende Anbieterin dazu verpflichtet, schnellen Bitstrom-Zugang, gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss und vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss anzubieten. Die Definitionen der jeweiligen Tatbestände lassen sich Art. 1 lit. c–e FDV entnehmen:

In dieser Verordnung bedeuten...

c. *Schneller Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access)*: die Herstellung von Hochgeschwindigkeitsverbindungen zum Endkunden durch die verpflichtete Fernmeldedienstanbieterin und Überlassung der Verbindung an die berechnete Fernmeldedienstanbieterin zum Wiederverkauf;

– d.h. der etablierte Betreiber stellt selber eine Breitbandverbindung zum Kunden her, die er anderen Fernmeldedienstanbieterinnen zu einem Wholesalepreis zur Verfügung stellt. Die anderen Anbieterinnen ihrerseits können die entsprechenden Dienste an ihre Endkunden weiterverkaufen.

d. *Gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss (Shared Line Access)*: die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss der verpflichteten Fernmeldedienstanbieterin für die berechnete Fernmeldedienstanbieterin in der Weise, dass die Nutzung des nicht für sprachgebundene Dienste genutzten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird, wobei die verpflichtete Betreiberin den Teilnehmeranschluss weiterhin für die Bereitstellung des Telefondienstes einsetzt;

– die zur Entbündelung verpflichtete Betreiberin bietet weiterhin den Telefondienst an, während die alternativen Fernmeldedienstanbieter mit Hilfe eigener Breitband-DSL-Modems schnelle Datendienste über denselben Teilnehmeranschluss bereitstellen. Telefon und Datenverkehr werden durch einen Signalverteiler getrennt. Der Teilnehmeranschluss bleibt Teil des öffentlichen Telefonnetzes.

*Dieser Beitrag setzt sich mit den im Aufsatz von Andreas Kley<sup>1</sup> vertretenen Ansichten auseinander. Kley schliesst mit dem Fazit, dass mit dem gegenwärtigen Fernmeldegesetz die nötige Grundlage fehle, um die Entbündelung des Anschlussnetzes durchzusetzen und damit der Swisscom ihre heutige Monopolstellung bezüglich der so genannten letzten Meile zu entziehen<sup>2</sup>. Insbesondere soll auf die von Kley behandelte Frage der Grundrechtstrügerschaft der Swisscom und auf die des Gesetzmässigkeitsprinzips eingegangen werden.*

*Cette contribution se propose d'analyser l'opinion défendue par Andreas Kley<sup>1</sup> dans son article où il parvient à la conclusion que la loi actuelle sur les télécommunications ne constitue pas une base légale suffisante pour imposer le dégroupage du réseau de raccordements et, partant, de retirer à Swisscom son monopole du dernier kilomètre<sup>2</sup>. En particulier, l'auteur réexamine la question de savoir si Swisscom peut être titulaire de droits fondamentaux, ainsi que le principe de la légalité.*

\* Rechtsanwalt, Titularprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Zürich.

\*\* Rechtsanwalt, Zürich.

e. *Vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss (Full Access)*: die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss der verpflichteten Fernmeldediensteanbieterin für die berechtigte Fernmeldediensteanbieterin zu deren ausschliesslicher Nutzung.

- Das Kupferkabel wird an einen Dritten zur ausschliesslichen Nutzung vermietet. Die alternativen Fernmeldediensteanbieter bieten dem Endnutzer eine vollständige Palette von Sprach- und Datendiensten an. Der Kunde steht einzig mit dem Mieter in geschäftlichem Kontakt<sup>4</sup>.

Das Gesetz benutzt nirgends die von Kley verwendete Formulierung «drei Formen der Entbündelung»<sup>5</sup>, vielmehr sollte man von Formen des Zugangs zum Teilnehmeranschluss oder der Interkonnektion sprechen (siehe unten I.B.). Darüber hinaus übergeht Kley<sup>6</sup>, dass Interkonnektion gemäss Art. 3 lit. e FMG physisch und/oder logisch sein kann und Fernmeldedienste verbindet. Die Verbindung von so genannter «Hardware» genügt somit auch nach heutiger Gesetzeslage, um von Interkonnektion zu sprechen. Beim Bitstream-Access handelt es sich gemäss der Kommission der Europäischen Union nicht einmal um eine Form der Entbündelung<sup>7</sup>.

#### b) Konsequenzen für die Swisscom

Kley unterscheidet die drei neuen Formen des Zugangs zum Teilnehmeranschluss von den Interkonnektionsdienstleistungen, welche die Swisscom gegenwärtig anbietet. Der grundlegende Unterschied besteht darin, dass bei den bisherigen Interkonnektionsdienstleistungen Fernmeldedienste der Swisscom mit denjenigen einer anderen Anbieterin physisch verbunden werden, bei den Verordnungsregelungen hingegen auf die Dienste der Swisscom weitgehend verzichtet werde. Seitens der Swisscom wird dies als Zwang zur

Abtretung der Verbindung zu den Endkunden bzw. des Zuganges zum Teilnehmeranschluss verstanden. Diese Optik ist nachvollziehbar, doch fraglich: Zum einen geht es nicht um eine Abtretung, sondern um eine Vermietung; die Swisscom behält ihr Eigentum an der Infrastruktur. Ferner ist es der Kunde, der sich gegenwärtig einem Zwang ausgesetzt sieht. Er hat keine andere Wahl, als weitreichende Dienstleistungen von der Swisscom zu beziehen. Bei der Entbündelung werden die Teilnehmeranschlüsse nicht von vornherein zwangsvermietet, sondern letzten Endes steht dem Kunden die Entscheidung zu, ob er die Dienstleistung bei der Swisscom oder bei einer anderen Anbieterin beziehen möchte. Da der Swisscom ausserdem für die Vermietung der Anschlüsse eine marktübliche Rendite<sup>8</sup> gewährt wird, die auch ihr Investitionsrisiko deckt, kann es für sie keine so grosse Rolle spielen, ob ein Anschluss als Retail- oder Wholesaleprodukt vermietet wird. Deshalb ist es fraglich, ob die Entbündelung tatsächlich einschneidende wirtschaftliche Einbussen für die Swisscom zur Folge hätte. Ihr bleibt – sogar wenn sich die Kunden für eine andere Anbieterin entscheiden – eine im Eigentum am Anschlussnetzwerk begründete Rendite, solange diese von Kunden anderer Anbieterinnen genutzt werden. Der Ertrag aus der Nutzung des Anschlussnetzes fällt somit bei allen Entbündelungstatbeständen gleich wie bei der herkömmlichen Sprachtelefonie, bei schnellem Bitstromzugang und den Mietleitungen an die Swisscom. Alternative Anbieter sind auf den Ertrag für die von ihnen erbrachten Dienstleistungen beschränkt. Mit anderen Worten wird die Swisscom auch nach Entbündelung der letzten Meile von der alten Monopolsituation der früheren PTT profitieren, ohne die sie gar nicht in den ausschliesslichen Besitz der Netze gelangt wäre.

Mit der Entbündelung wird die Swisscom sodann – entgegen den verschiedentlich anzutreffenden anderweitigen Behauptungen – auch nicht zu ausserhalb der Interkonnektion liegenden weitergehenden Leistungen verpflichtet, weder zu einer Erhöhung noch zu einer Schaffung von zusätzlichen Infrastrukturkapazitäten. Demgegenüber ist die Entbündelung für die alternativen Anbieterinnen mit hohen Investitionen verbunden. Diese umfassen die Kosten für die Installation und Beherrschung diverser Geräte in den Ortzentralen der Swisscom, die Erstellung oder Miete der Verbindung zwischen diesen Zentralen und ihrem eigenen Netz<sup>9</sup>. Unbegründet scheint aufgrund ausländischer Erfahrungen die pauschale Annahme, dass durch die Entbündelung die Investitionsbereitschaft sowohl der Swisscom als auch der alternativen Anbieterinnen gehemmt würde. Das Beispiel Dänemark zeugt von erhöhten Investitionen bei alternativen Anbieterinnen sowie einer verstärkten Innovations-tätigkeit seitens der marktbeherrschenden Anbieterin, wovon nicht nur die Endkunden, sondern auch die Systemlieferanten profitieren.

Es dürfte überdies unzutreffend sein, wenn behauptet wird, dass die Entbündelung einen gravierenden Eingriff in den Tätigkeitsbereich der Swisscom darstellt. Es ist nicht einzusehen, inwiefern der Tätigkeitsbereich durch die Entbündelung oder andere – heute schon angebotenen – Formen des Zugangs zur letzten Meile (schneller Bitstromzugang und Mietleitungen) verändert werden soll: Swisscom betreibt und unterhält nach wie vor das von der PTT geerbte Anschlussnetz, im Auftrag und zum Nutzen des schweizerischen Volkes und der Schweizer Wirtschaft.

Die Situation der Swisscom ist nach wie vor klassisch-monopolistisch geprägt, was anhalten wird, solange die Entbündelung nicht umge-

setzt werden kann: Gegenwärtig genießt die Swisscom dank ihrer besonderen Position eine grosse Unabhängigkeit, was die Palette der Dienstleistungen und die Preisfestsetzung angeht<sup>10</sup>. Die Wettbewerbskommission (WEKO) ist in diesem Zusammenhang am 7. Mai 2002 aufgrund ihrer Abklärungen zum Schluss gelangt, dass die Swisscom mit grosser Wahrscheinlichkeit eine marktbeherrschende Stellung missbrauche und die Konkurrenten ihrer Tochterfirma Bluewin diskriminiere<sup>11</sup>.

Kley sowie die Swisscom gehen weiter darüber hinweg, dass die Liberalisierung der Telekommunikation in der Schweiz erheblich an Dynamik verloren hat. Die Investitions- und Innovationseuphorie liegt mehrere Jahre zurück und heute werden in der Schweiz kaum noch bahnbrechende Entwicklungen umgesetzt. Einer der Gründe liegt in der fehlenden Wettbewerbssituation im Festnetzbereich. Das Festnetz wird immer noch vom ehemaligen Monopolisten geprägt. Besonders hoch sind dabei die Marktanteile bei den Haushaltsanschlüssen (letzte Meile). Aus Konsumentensicht stellt sich die Frage gar nicht, ob Dienstwettbewerb (auf der gleichen Infrastruktur) oder Wettbewerb zwischen verschiedenen Infrastrukturen stattfindet. Deshalb dürfte die von Kley herausgestrichene Kontroverse in der Öffentlichkeit<sup>12</sup> von weitaus geringem Gewicht sein, als er glaubt. Vielmehr muss man annehmen, dass ein Grossteil der Schweizer Bevölkerung und der Wirtschaft zusammen mit dem Bundesrat die möglichst rasche Entbündelung der letzten Meile wünschen.

Die Konsequenzen der Entbündelung für die Swisscom sollen vor diesem Hintergrund nüchtern betrachtet werden. Insbesondere sollte geprüft werden, ob die Fernmeldeverordnung eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Entbün-

delung bietet. Dabei ist auf die besondere Stellung der Swisscom einzugehen und ist die Frage zu stellen, ob die Swisscom Sonderpositionen für sich beanspruchen kann.

## 2. Gesetzliche Grundlage

### a) *Das Fernmeldegesetz in geltender Fassung (FMG)*

Grundlage der Verordnung über Fernmeldedienste ist das Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997<sup>13</sup>. Wesentlich für die vorliegenden Zusammenhänge sind insbesondere Art. 11 Abs. 1 FMG, der die Pflicht der marktbeherrschenden Anbieterin zur Interkonnektion vorschreibt, sowie Art. 3 lit. e FMG, der den Tatbestand der Interkonnektion festlegt:

#### Art. 11 Interkonnektion

Marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht-diskriminierende Weise Interkonnektion gewähren. Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Der Bundesrat legt die Grundsätze der Interkonnektion fest.

#### Art. 3 Begriffe

In diesem Gesetz bedeuten...

e. *Interkonnektion*: die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglichen.

### b) *Gesetzliche Umschreibung der Interkonnektion*

Kley stellt fest, dass der Begriff der Interkonnektion für die Beurteilung des Umfangs der neuen Verpflichtung entscheidend ist, wie er sich aus Art. 43 Abs. 1 lit. a<sup>ter</sup> – a<sup>quinquies</sup> und Art. 1 lit. c–e FDV ergibt. Weiter führt er aus, dass aus der Umschreibung der Interkonnektion gemäss Art. 3 FMG folgt, dass notwendigerweise eine Zusammenschaltung von

Anlagen und Diensten gegeben sein muss<sup>14</sup>. Dies kann, muss aber nicht so sein. Denkbar ist durchaus auch eine aus sprachlich-stilistischen Gründen verkürzte und deshalb unpräzise Aufzählung der möglichen Zusammenschaltungselemente. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich diese konkurrenzhemmende Koppelung von Anlage/Dienst begründen wollen, so hätte er dies wohl auch klar(er) im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht<sup>15</sup>. Dies ergibt sich namentlich auch daraus, dass der historische Gesetzgeber, das Parlament, von der Entbündelung ausging. Die ersten Entwürfe der Verordnung zum FMG enthielten denn auch die explizite Pflicht der marktbeherrschenden Anbieterin, die Interkonnektion «auch ausserhalb des Vermittlungsbereiches» zu gewähren, wenn auch erst nach einer – in der Vernehmlassung zu den Verordnungsentwürfen namentlich auch von der WEKO heftig kritisierten – Schonfrist bis in das Jahr 2000<sup>16</sup>. Der Zweckartikel des FMG lässt aber gerade auf eine wettbewerbsfördernde Absicht des Gesetzgebers schliessen. Aus dem Wortlaut von Art. 3 FMG geht hervor, dass es genügt, wenn die *Teile* (gemäss Art. 3 lit. d auch die Leitungen) *logisch* zusammenwirken, was selbst bei der vollen Entbündelung der Fall ist<sup>17</sup>. Auch Art. 40 f. FDV, die als Grundlage der Interkonnektionsverpflichtung zu betrachten sind<sup>18</sup>, sehen keine Koppelung von Leitungen und Diensten vor, Art. 41 FDV legt nämlich fest: «Die Interkonnektion ist namentlich durch gemeinsame Nutzung von Fernmeldeanlagen, Gebäuden und Grundstücken sicherzustellen».

Grundsätzlich kann Interkonnektion also physisch und/oder logisch sein und Fernmeldeanlagen und/oder Fernmeldedienste verbinden. Die Verbindung von Infrastruktur bzw. von Hardware reicht völlig aus. Die in Art. 1 lit. c–e FDV aufgeführten Tatbestände be-

schreiben den Zusammenschluss von Leitungen (Full Access und Shared Access) oder Diensten mit Leitungen (schneller Bitstrom Zugang) – somit fallen sie unter den Wortlaut von Art. 3 FMG und sind als Varianten der vollen Interkonnektion aufzufassen. Diese Ansicht entspricht auch einer europarechtskonformen Interpretation<sup>19</sup>, wurde doch in der Europäischen Union mit der Einführung der Entbündelung Anfang 2001 die nötige Grundlage für die weitere Entwicklung im Telekommarkt geschaffen. Da Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zum Gesetzesziel erhebt, unterstützt die teleologische Auslegung des FMG die hier vertretene Auffassung ebenfalls. Der Wettbewerb soll unter anderem über die effiziente Nutzung der Monopolinfrastruktur (zu der gegenwärtig kaum gleichwertige Alternativen bestehen) erreicht werden, was am effektivsten über die Entbündelung der letzten Meile gewährleistet wird.

Ferner ist daran zu erinnern, dass die Schweiz mit Inkrafttreten der Verpflichtungsliste zum 4. Protokoll im Rahmen des GATS die völkerrechtliche Verpflichtung zur Gewährung des entbündelten Netzzuganges eingegangen ist. Diese Tatsache sowie das Ziel des Fernmelde-rechts, einen wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, müssen bei der Auslegung der gesetzlichen Regelungen vorrangig einbezogen werden. Hätte angesichts dieser klaren Zielsetzung des FMG und des Umstandes, dass im FMG allgemein ein nicht weiter beschränktes Interkonnektionsregime der Gesetzgeber daher nicht klar festhalten müssen, dass der entbündelte Zugang zum Anschlussnetz nicht in den Geltungsbereich des FMG fällt?

Schliesslich führt der Gesichtspunkt der Wettbewerbsoptimierung auch zum Gebot der Interpretation in Übereinstimmung mit dem Wett-

bewerbsrecht. Dieses will nach unbestrittener Auffassung den wirksamen Wettbewerb schützen<sup>20</sup>. Dieses Grundprinzip soll die gesamte Rechtsordnung prägen. Abweichungen bedürfen einer verfassungsmässigen Grundlage (Art. 94 Abs. 4 BV). Art. 92 Abs. 1 BV als Grundlage für die Bundeskompetenz im Fernmeldewesen verschafft dem Bund zwar eine entsprechende Regelungsgrundlage, doch ist gemäss Art. 164 Abs. 1 BV (materieller Gesetzesvorbehalt) zu fordern, dass das (formelle) Gesetz die entsprechenden Ausnahmen hinreichend klar zum Ausdruck bringt<sup>21</sup>. Das Fernmeldegesetz (als unbestrittenes «Liberalisierungsgesetz») ist demzufolge grundsätzlich wettbewerbskonform zu interpretieren. Dies gilt insbesondere auch für den Anwendungsbereich der Interkonnektion.

Entgegen Kley vertreten die Schreibenden demnach die Auffassung, dass eine Offenheit der gesetzlichen Ausgestaltung im Fernmeldebereich nicht zu Lasten des Wettbewerbs (und damit zugunsten der «Relikte» des Monopolbereiches) gehen darf, sondern dass eine völkerrechts-, verfassungs- und wettbewerbsrechtskonforme Interpretation des Gesetzes zugunsten des vom Bundesrat eingeschlagenen Weges (Öffnung der letzten Meile mittels Verordnung) spricht. Überdies wird zu zeigen sein, dass die Technologie-neutralität der Fernmeldegesetzgebung für deren Zielerreichung nötig ist und auch seit der Einführung der Liberalisierung wichtiger Bestandteil des gesetzgeberischen Konzepts war und ist<sup>22</sup>.

## II. Grundrechte der Swisscom

Kley stützt sich vor allem auf die These, dass die Entbündelung einen schwer wiegenden Eingriff in die Grundrechte der Swisscom darstelle und gibt zu bedenken, dass eine voll-

ständige Entbündelung die Eigentums-garantie und die Wirtschaftsfreiheit der Swisscom verletzen. Es bleibt jedoch zu prüfen, inwiefern sich die Swisscom als ehemalige Monopolistin und heutige zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe konzes-sionierte spezialgesetzliche Aktiengesellschaft<sup>23</sup> überhaupt auf diese Grundrechte berufen kann und inwiefern eine Einschränkung dieser Grundrechtspositionen zulässig ist.

### 1. Die Eigentums-garantie

Das Eigentum wird durch Art. 26 BV geschützt. Als Grundrechtsträger gelten sowohl natürliche und juristische Personen des Privatrechts, als auch – unter gewissen Umständen – juristische Personen des öffentlichen Rechts. Die Swisscom als Aktiengesellschaft des Privatrechts könnte grundsätzlich auch Trägerin dieses Rechts sein, wobei das Bundesgericht im Commcare-Urteil die Frage nach der Grundrechtsträgerschaft der Swisscom offen gelassen hat<sup>24</sup>. Selbst wenn die Swisscom sich auf auch bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Pflicht zum Netzbetrieb auf die Eigentums-garantie berufen könnte, gilt dieser Schutz nicht schrankenlos. Die Eigentums-garantie ist gemäss Art. 26 BV einschränkbar. Das Recht am Eigentum kann beschränkt werden, wenn eine genügende gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse sowie die Wahrung der Verhältnismässigkeit vorliegen. Zudem darf der Kerngehalt nicht verletzt werden<sup>25</sup>.

Grundsätzlich ist jedes öffentliche Interesse dazu geeignet, Einschränkungen der Eigentums-garantie zu rechtfertigen, sofern das Ziel nicht rein fiskalischer Natur ist oder gegen andere Verfassungsnormen verstösst<sup>26</sup>. Es ist kaum zu bestreiten, dass in der Liberalisierung des Zugangs zu den Anschlussleitungen und im daraus entstehenden ver-

stärkten Wettbewerb einschliesslich der Vorteile für die Endnutzer ein öffentliches Interesse liegt. Im Gegenteil hat die bisher erfolgte Teil liberalisierung, also die Öffnung der Märkte der Sprachtelefonie, eindrücklich unter Beweis gestellt, welche positiven Folgen eine Marköffnung im Bereich der Telekommunikation haben kann. Der Zugang zu Informationsnetzen wird vermehrt als ein Grundversorgungsanspruch der Bevölkerung verstanden («informationelle Grundversorgung»<sup>27</sup>), der in der heutigen Informationsgesellschaft insbesondere die Wahrnehmung grundrechts- und demokratiebezogener Positionen ermöglicht; je stärker sich diese Auffassung durchsetzt, um so mehr wird auch die Forderung nach innovativen Konkurrenzdiensten gestellt und gerät somit zur Selbstverständlichkeit. Dem Staat, der sich aus der Grundversorgungstätigkeit zurückgezogen hat, verbleibt in regulatorischer Gewährleistungsverantwortung. Art. 36 Abs. 2 BV nennt neben dem öffentlichen Interesse auch den Schutz von Grundrechten Dritter als Rechtfertigung für eine Grundrechtseinschränkung. Dies könnte allenfalls von Bedeutung sein bei der Prüfung, ob durch die gegenwärtige Situation nicht nur die informationelle Grundversorgung, sondern auch die Wirtschaftsfreiheit der alternativen Anbieterinnen tangiert wird.

Was die Verhältnismässigkeit betrifft, so ist die Durchsetzung der vollen Interkonnektion zweifellos dazu geeignet, das Ziel eines freien Wettbewerbs unter den Anbieterinnen von Fernmeldediensten zu verwirklichen (Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG). Gleichzeitig steht das verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln. Die Nutzungsrechte der Swisscom an ihrer Infrastruktur werden zwar eingeschränkt, das Eigentum an den Teilnehmeranschlussleitungen wird durch den entbündelten

Zugang zum Teilnehmeranschluss aber nicht tangiert. Die Swisscom wird einzig verpflichtet, den anderen Anbieterinnen – wohlgermerkt: gegen Entschädigung – die Mitbenutzung dieser Anschlussleitungen zu ermöglichen. Ob die Konkurrentinnen tatsächlich die Anschlussleitung nutzen können, liegt in der Hand der Kunden, denen diese Wahlfreiheit in einem vom Wettbewerb beherrschten Markt zusteht. Die grundrechtlich verankerte Verpflichtung der Swisscom, eine volkswirtschaftlich und sozialpolitisch sinnvolle Allgemein zugänglichkeit zu ihrem Netz zu dulden, kann nicht dramatisierend als Enteignung bezeichnet werden. Auf der faktischen Ebene ist zu beachten, dass die alternativen Anbieterinnen gerade weniger Dienste verlangen und die Swisscom gewisse Dienste nur gebündelt anbieten will (so können zum Beispiel Rechte an der Kupferleitung heute nur dann erworben werden, wenn auch Dienstleistungen im Bereich der Vermittlung in Anspruch genommen werden). Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die Nachfrage nach weniger Dienstleistungen zu einer Enteignung führen sollte, während dies bei der Nachfrage nach gebündelten Dienstleistungen nicht der Fall sein sollte. Vielmehr offenbart die Swisscom, worum es ihr geht: Sie möchte noch möglichst lange alleine bestimmen können, welche Dienstleistungen es im Schweizer Markt geben soll und zu welchem Preis sie angeboten werden. Deshalb versucht sie zu verhindern, dass die alternativen Anbieterinnen eigene (Breitband-)Dienstleistungen auf der Basis der Kupferinfrastruktur der Swisscom auf den Markt bringen können. Von einer Verletzung des Kerngehalts der Eigentumsgarantie ist man (man verzeihe den Ausdruck) «meilenweit» entfernt.

Die gesetzliche Grundlage der Eigentumsbeschränkung wurde vorstehend erörtert. Die für diesen Fall

wesentlichen Tatbestände des Art. 1 lit. c – e FDV werden von Art. 3 FMG gedeckt, und mit Art. 11 Abs. 1 FMG liegt auch die Berechtigung für den Bundesrat vor, entsprechende Verordnungen zu erlassen. Es ist wenig verständlich, dass Kley dem Bundesrat diese Befugnis abspricht, geht doch auch das Bundesgericht im Commcare-Urteil von einer «Delegation» aus<sup>28</sup>, hält nirgends fest, dass eine Verordnung für die Unterstellung der neuen Tatbestände unter das neue Interkonnektionsregime nicht genügen würde und erachtet demnach die formell-gesetzliche Grundlage als genügende Delegationsnorm. Ferner werden mit der FDV – ganz in Einklang mit den beschränkten Möglichkeiten von Vollzugsverordnungen – auch keine neuen im Gesetz nicht vorgesehenen Pflichten eingeführt, sondern nur die gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG von marktbeherrschenden Anbieterinnen zu erbringende Interkonnektion konkretisiert.

Eine materielle Enteignung (Sonderopfer), wie sie Kley geltend macht<sup>29</sup>, liegt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, «wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seiner Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil dem Eigentümer eine wesentliche, aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird»<sup>30</sup>. Sodann ist erforderlich, dass damit das «Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde.»<sup>31</sup>. Zum einen ist der Eingriff nicht besonders schwer, weil die Swisscom ebenfalls jedem ihrer Kunden die Nutzung ihres Netzes zur Verfügung stellen kann. Das Swisscom-Netz untersteht kraft seiner Entstehung einer gewissen Inpflichtnahme zu Gunsten der Öffentlichkeit, es ist «gemeinwohlverpflichtet», was nicht

zuletzt auch in der gesetzlichen Verankerung der Mehrheitsbeteiligung des Bundes zum Ausdruck gelangt und aus dessen Finanzierung durch Steuergelder und Monopolrenten herrührt. Dies ist jedoch zum anderen keine Sonderstellung; die Interkonnektionspflicht trifft alle marktbeherrschenden Unternehmungen, nicht nur die Swisscom. Die Nutzungsrechte können auch nicht derart weit gehen, dass Kunden anderer Diensteanbieterinnen mangels Interkonnektionsmöglichkeit zur Swisscom wechseln müssten. Die Eigentumsstellung der Swisscom findet ihre Grenzen an den gesetzlichen Regelungszielen. Solange eine bestimmungsgemässe, wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der betroffenen Sache weiterhin möglich ist, bleiben die Eigentumsrechte der Swisscom gewahrt<sup>32</sup>.

## 2. Die Wirtschaftsfreiheit

### a) Inhalt der Wirtschaftsfreiheit

In der durch Art. 27 BV geschützten Wirtschaftsfreiheit liegt die «verfassungsrechtliche Grundentscheidung» zugunsten einer marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaft bzw. einer Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs, die grundsätzlich jede Lenkung durch den Staat ausschliesst. Die Wirtschaftsfreiheit wird in Art. 94 Abs. 1 BV verankert. Diese Freiheit ist durch die Überzeugung gerechtfertigt, dass der ungehinderte Zugang aller zum Markt und das freie, vom Staat unbeeinflusste Spiel des Wettbewerbs zum optimalen Funktionieren der Wirtschaft als Ganzes führt und die bestmögliche Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse sowie letztlich Wohlstand und Wohlfahrt der Bevölkerung sicherstellt<sup>33</sup>. Ausdruck der Wirtschaftsfreiheit ist der Grundsatz der freien Konkurrenz und der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden. Demnach ha-

ben «Gewerbetreibenden» (oder in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung: Konkurrenten) einen verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung, insbesondere auf gleiche Marktzutrittschancen<sup>34</sup>. Es wäre gerade nicht im Sinne der Wirtschaftsfreiheit, wenn die Swisscom unter Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit ihre Konkurrentinnen im Wettbewerb um die Kundenanschlüsse ausschalten – und ihr Monopol im Anschlussbereich aufrechterhalten könnte. Die Wirtschaftsfreiheit schützt gerade keine Monopolisten, dies um so mehr, wenn das Monopol seine Grundlage in einer Privatisierung haben soll. Das Argument des Bundesgerichts, das Monopol der Swisscom im Anschlussnetz sei der Ausgleich dafür, dass sie zur Grundversorgung verpflichtet ist, lässt ausser Betracht, dass diese Pflicht auch zu erheblichen Einnahmen führt und dass im Falle der Nichtabdeckung der Kosten der Grundversorgung Investitionsbeiträge nach Art. 19 FMG geltend gemacht werden können<sup>35</sup>. Diese Argumentation zeigt jedoch auch schön den Zirkelschluss auf: Der Monopolist ist zur Grundversorgung verpflichtet, deshalb erhält er zum Ausgleich einen exklusiven Bereich. Wenn nun der Gesetzgeber diesen Bereich einschränken will, so beruft sich der Monopolist auf die Wirtschaftsfreiheit, welche nun sein Sonderrecht schützen soll. Damit wird übersehen, dass die Sonderstellung ex lege erfolgt und nicht ex constitutione (über die Wirtschaftsfreiheit) und deshalb durch den Gesetzgeber ohne Rücksichtnahme auf das Freiheitsrecht eingeschränkt werden kann.

Die Swisscom ist somit nicht – wie dies von Kley dargelegt wird – eine beliebige unter viele Anbieterinnen von Fernmeldedienstleistungen, die gleichberechtigt am Markt auftreten<sup>36</sup>. Vielmehr hat sie gegenwärtig im Festnetzbereich eine klare

marktbeherrschende Stellung und tritt im Bereich der letzten Meile praktisch als Monopolist auf. Diese Marktposition hat sie sich allerdings nicht selbst erarbeitet, sondern qua lege als Nachfolgerin der ehemaligen PTT (die das Netz mit Steuergeldern und Monopolrenten finanziert hat) ohne eigenes Zutun mit auf den Weg bekommen. Die Umwandlung eines staatlichen Monopolbetriebes zu einem privatrechtlichen Betrieb im freien Wettbewerb kann nicht ohne Eingriffe in die Stellung der ehemaligen Monopolistin vollzogen werden. Die Swisscom nimmt eine besondere Position ein, die sie ausschliesslich ihrer Geschichte zu verdanken hat und die ihr gegenüber ihren Konkurrenten beträchtliche Vorteile bringt.

### b) Die Wirtschaftsfreiheit innerhalb des Konzessionssystems

Trotz Kleys Kritik<sup>37</sup> gilt es, einen grundlegenden Umstand zu Beginn der Ausführungen zu stellen: Die Wirtschaftsfreiheit gelangt im Bereich der Bundesmonopole – zu denen das Fernmeldewesen nach wie vor zählt<sup>38</sup> – nur soweit zur Geltung, wie ihr vom Gesetzgeber Raum gegeben wird. Es gilt hier nicht die grundrechtlich gewährte Freiheitsvermutung, welche nur (zumindest nur dann schwer wiegend) eingeschränkt werden darf, wenn dies ein formelles Gesetz vorsieht, sondern genau der umgekehrte Fall. Der formelle Gesetzgeber bestimmt das Mass der (organisatorischen) Freiheit und kann es dem Verordnungsgeber sehr weit gehend überlassen, dieses zu konkretisieren.

Diese Ansicht teilen auch andere Autoren, z.B. J. P. MÜLLER, wenn er festhält: «Der Konzessionär ist regelmässig an bestimmte Bedingungen gebunden, nach denen er seine Leistung zu erbringen hat (insb. Betriebspflicht); insoweit ist seine Gewerbefreiheit beschränkt»<sup>39</sup>. Auch Hantgartner betont, dass in besonde-

ren Rechtsverhältnissen (wozu auch das Konzessionsverhältnis gehört) «...der Vorbehalt des formellen Gesetzes für die Verwaltungstätigkeit nicht streng durchgesetzt [wird], und die Freiheitsrechte in besonderen Rechtsverhältnissen über die allgemeinen Schranken hinaus zusätzlich so weit beschränkt werden [dürfen], als es das öffentliche Interesse erfordert, das dem betreffenden besonderen Rechtsverhältnis zugrunde liegt»<sup>40</sup>.

In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht in BGE 125 II 303 entschieden:

*«Für jegliche Fernmeldedienste gilt das Fernmelderegale gemäss Art. 36 BV weiterhin (vgl. BBl 1996 III 1474), da dieses bei der Revision des Fernmelderechts nicht berührt wurde. Damit ist die Handels- und Gewerbefreiheit von Fernmeldeunternehmungen bereits von Verfassungen wegen eingeschränkt.»*

Somit kann sich der Fernmeldekonzessionär im regulierten Bereich von vornherein nicht in vollem Umfang auf die Wirtschaftsfreiheit berufen<sup>41</sup>. Wenn nun von der Swisscom verlangt wird, dass sie ihre Infrastruktur von konzessionierten Dritten mitbenutzen lässt und damit volle Interkonnektion gewährt, so geschieht dies innerhalb der gesetzlich geregelten Rahmenbedingungen, an die sich jede Konzessionärin halten muss. Ob das Konzessionssystem demnächst abgeschafft wird, ist schliesslich nicht relevant, muss doch die FDV anhand des aktuellen Fernmeldegesetzes beurteilt werden.

### c) Wirtschaftsfreiheit der alternativen Anbieterinnen

Eine schwere Verletzung der Wirtschaftsfreiheit der Swisscom kann verneint werden, wobei die vorliegende Untersuchung zudem zeigt, dass die Wirtschaftsfreiheit schon gar nicht so weit reicht, wie es Kley annimmt. Zu prüfen wäre hingegen, ob sich allenfalls die alternativen Anbieterinnen ihrerseits auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können.

Wird ihnen der direkte Zugang zur letzten Meile verwehrt, bleibt ihnen allein die Rolle als Zwischenhändler der Swisscom; dies lässt nicht mehr als den Weiterverkauf von preislich und technologisch vordefinierten Angeboten an ihre Endkunden zu. Der Umstand, dass die Commcare (neben weiteren Telekomunternehmungen) in Folge des für sie negativen Bundesgerichtsentscheides ihren Betrieb einstellen musste, zeugt von der aktuellen prekären Lage der Konkurrentinnen der Swisscom<sup>42</sup>. Diese Verhältnisse widersprechen einer «marktorientierten» Privatwirtschaft, die aus der Wirtschaftsfreiheit in Verbindung mit den Bestimmungen über die Grundsätze der Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV) und der Verfassungsgrundlage über die Wettbewerbspolitik (Art. 96 BV) abzuleiten ist<sup>43</sup>. Dabei muss weiter berücksichtigt werden, dass Art. 35 Abs. 3 BV von der indirekten Horizontalwirkung der Grundrechte ausgeht, wonach unter Privaten wirkende Erlasse grundrechtskonform auszulegen sind<sup>44</sup>. Führt die faktische Beherrschung über die Endanschlüsse zu einer Monopolstellung, so steht dies einer freiheitlichen und wettbewerblich orientierten Marktordnung entgegen. Mit der Liberalisierung des Fernmeldewesens, hier unter anderem mit dem Instrument der Interkonnektion, hat sich der Gesetzgeber für eine wettbewerbsorientierte Nutzung der Infrastrukturen entschieden. Eine die Grundrechtsposition der Konkurrentinnen berücksichtigende Auslegung der Interkonnektionsregelung führt somit auch unter diesem Blickwinkel zu einem von Kleys Folgerungen abweichenden Ergebnis.

### III. Gesetzmässigkeitsprinzip

#### 1. Grundlegende Überlegungen zur erforderlichen Normstufe

Art. 164 Abs. 1 lit. b BV fordert für die Einschränkung verfassungsmässi-

ger Rechte Bestimmungen in Form eines Bundesgesetzes. Art. 36 Abs. 1 BV präzisiert, dass es für schwere Eingriffe in die Grundrechte<sup>45</sup>, wozu grundsätzlich auch der Entzug von Eigentumsrechten gehört, einer klaren gesetzlichen Grundlage bedarf<sup>46</sup>. Gemäss den Ausführungen im vorherigen Kapitel ist hier jedoch nicht von einer schweren Verletzung der Grundrechte der Swisscom auszugehen. Während schwere Eingriffe auf der Stufe eines formellen Gesetzes zu normieren sind, ist für leichtere Eingriffe, wie sie hier vorliegen, eine Verordnung (materielles Gesetz) ausreichend<sup>47</sup>.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Pressemitteilung des Bundesrates, mit welcher er feststellte:

*«Das Bundesgericht hatte verlangt, dass die oben erwähnte Unterstellung (Anm.: die Verpflichtung von marktbeherrschenden Unternehmungen zur Entbündelung des Teilnehmeranschlusses und die Regulierung des Mietleitungsangebotes von marktbeherrschenden Unternehmen) unter das Interkonnektionsregime eine Grundlage in einer Verordnung oder in einem Gesetz haben muss (BGer vom 3. Oktober 2001, sic! 2002, 18, Interkonnektion V.)»<sup>48</sup>.*

Bei der Aussage, dass zu diesem Zweck eine Verordnung genügt, bezieht sich der Bundesrat ausdrücklich auf das Commcare-Urteil. Tatsächlich ist dem Commcare-Urteil nirgends zu entnehmen, dass eine Verordnung nicht genügen könnte, das Bundesgericht sagt vielmehr:

*«Es obliegt somit einzig dem Gesetzgeber und, gestützt auf die entsprechende Delegation in Art. 11 Abs. 2 letzter Satz FMG, dem Bundesrat als Verordnungsgeber, durch eine entsprechende Klarstellung im Gesetzes- bzw. Verordnungstext darüber zu entscheiden, ob ein genügendes öffentliches Interesse daran besteht, die von der Interkonnektionspflicht bisher nicht erfassten Mietleitungen und allenfalls Übertragungsmedien neu dem Interkonnektionsregime zu unterstellen.»*

Der Bundesrat ist der bundesgerichtlichen Aufforderung nach einer klarstellenden gesetzlichen Regelung nachgekommen und hat die

Fernmeldeverordnung revidiert. Die der Rechtsnatur der vorliegenden Verhältnisse durchaus genügende Delegationsnorm findet sich im Art. 11 Abs. 1 FMG. Als Vollziehungsverordnung bezweckt die FDV, die Regelung des Gesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen, um damit die Vollziehung des Gesetzes zu ermöglichen<sup>49</sup>. Die Vollziehungsverordnung soll der Zielsetzung des ihr zugrunde liegenden Gesetzes folgen und dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen, also ergänzen und spezifizieren.

Von den Gegnern der Entbündelung wird dem entgegengestellt, die Entbündelungspflicht sei im FMG nicht mit ausreichender Bestimmtheit festgehalten. Sie übergehen dabei die Eigenart der Regelung. Das Bestimmtheitsgebot greift je nach Art des geregelten Rechtsverhältnisses und den in Frage stehenden Interessen strenger oder milder; wie festgestellt wurde, werden in einem regalorientierten Kontext mildere Massstäbe angelegt. Dabei werden – als weiterer Gesichtspunkt – dort weniger weit gehende Anforderungen gestellt, wo technische Sachverhalte zu regeln sind und die Flexibilität staatlichen Handelns gewährleistet werden soll<sup>50</sup>. Das Legalitätsprinzip steht hierbei in einem dauernden Spannungsverhältnis zum Praktikablen und ist je nach Rechtsverhältnis nicht mehr als eine Richtlinie. Das Bundesgericht hat dies in BGE 123 I 5 f. wie folgt festgehalten:

*«Das Legalitätsprinzip verlangt, dass die angewendeten Rechtsätze eine angemessene Bestimmtheit aufweisen müssen (BGE 113 Ib 60 E. 3b, 63 f.; DUBS, 225; R. RHINOW/B. KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, 192). Das Gebot der Bestimmtheit kann nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden. Es ist unvermeidlich, dass viele*

*Rechtsätze mehr oder minder vage Begriffe enthalten, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss (BGE 117 Ia 472 E. 3e, 479 f.). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Eine besondere Bedeutung hat die Forderung der Bestimmtheit bei Verhaltensnormen, die durch Androhung von Sanktionen unmittelbar ein bestimmtes Verhalten des Bürgers bewirken sollen (vgl. BGE 117 Ia 472 E. 3e, 480; 113 Ib 60 E., 63), oder wenn eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Entscheiden zu treffen sind. Umgekehrt sind die Anforderungen weniger streng, wenn unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse einer sachgerechten Flexibilität oder der Einzelfällgerechtigkeit Differenzierungen im Anwendungsfall angebracht sind (DUBS, 244 f.; Moor, 338 ff.; G. MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel 1979, 83 ff.; SEILER, 333 f.).»*

Art. 11 Abs. 1 FMG und die übrigen darauf abgestützten Interkonnectionsbestimmungen sind im Fernmelderecht bewusst offen formuliert worden sind, da sich der Gesetzgeber vernünftigerweise nicht auf eine bestimmte technische Art der Interkonnection bzw. des Anschlusses beschränken wollte. Die FDV macht – wie jede beliebige Vollziehungsverordnung – nichts anderes, als die gesetzlichen Bestimmungen des FMG zeitgemäss und dem technischen Stand entsprechend zu präzisieren. Es geht bei den neuen Bestimmungen der FDV um weitere Formen des Zugangs zum Teilnehmermarkt, zusätzlich zu den heute bestehenden Formen. Im Prinzip regelt die FDV also technische oder operationelle Fragen. Der Bundesrat ist somit nicht über die ihm zustehende Vollzugskompetenz hinausgegangen.

2. *Vertiefung: Erfordernis der Bestimmtheit im fernmelde-rechtlichen Konzessions-system – oder: was ist das Besondere an der Rechtsposition der Swisscom?*

Was die Bestimmtheit von Normen betrifft, so sind zum Einen im grund-

rechtlich nicht durchdrungenen Konzessionsbereich andere Massstäbe anzulegen als dort, wo die Wirtschaftsfreiheit ex constitutione von vornherein greift. An die Bestimmtheit und Präzision einer die Organisation und Tätigkeit einer Konzessionärin regelnden Norm dürfen nicht derart hohe Anforderungen gestellt werden wie bei schweren Grundrechtseingriffen<sup>51</sup>. Regelungen in Konzessionsverhältnissen müssen offen formuliert sein, um der Entwicklung der technischen Verhältnisse und der tatsächlichen Lage gerecht zu werden. Ganz allgemein können in einem komplexen und sich konstant verändernden Bereich wie der Telekommunikation allzu eingrenzende Normen für die Weiterentwicklung und Anpassung an internationale Gegebenheiten (insb. an das europäische kommunikationsrechtliche Umfeld) hinderlich sein und zu einem technischen Rückstand führen. Deshalb sind gerade im FMG an die Bestimmtheit einer gesetzlichen Regelung nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen<sup>52</sup>. Dabei ist vorliegend die Besonderheit zu beachten, dass wir es nicht mit einem «gewöhnlichen» Monopolkonzessionssystem zu tun haben, sondern mit einer staatlichen «Regulation» mit Privatisierungscharakter. Die Neuordnung des Fernmeldewesens ist nicht allein durch eine Marktöffnung geprägt, sondern auch durch das Faktum der Vormachtsstellung der Swisscom als Nachfolgerin des früheren Bundesmonopolbetriebes. Die Swisscom ist nicht nur als Konzessionärin zu qualifizieren, sie ist vielmehr auch innerhalb des Fernmeldesystems eine «Konzessionärin sui generis». Sie hat als Mitgift anlässlich ihrer Gründung ein flächendeckendes Fest- und Mobilfunknetz erhalten. Der Bundesgesetzgeber hat mit dieser Mitgift nicht nur Rechte verliehen, sondern auch Pflichten auferlegt, als gewichtigste die Interkonnectionspflicht<sup>53</sup>.



Auch das Bundesgericht betont, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtssätzen vor allem von der Eigenart des Regelungsgegenstandes abhängt. Verlangt ist eine den jeweiligen Verhältnissen angemessene, optimale Bestimmtheit<sup>54</sup>. Offen gehaltene Regelungen müssen im Fernmeldebereich als genügend für weit gehende Einschränkungen des konzessionierten Betriebes angesehen werden, ohne dass es zu deren Auslegung einer «extensiven» Interpretation bedarf. Um den tatsächlichen Inhalt der Normen abzuleiten, kann auf das Gesetz, das Gesetzesziel, die üblichen technischen und wirtschaftlichen Begriffe und die allgemeine Entwicklung im betreffenden Gebiet abgestellt werden. Es ist nicht zu vermeiden, dass der Gesetzgeber abstrakte Formulierungen verwendet, um in einem konkreten Einzelfall eine sachgerechte Entscheidung zu erlauben; die Normen verlieren dadurch jedoch nicht ihre unmittelbare Anwendbarkeit<sup>55</sup>. Dem Einwand Kleys, dass aufgrund der geringen Anzahl möglicher Sachverhalte in diesem Bereich kein Bedarf an der Verwendung abstrakter Begriffe besteht<sup>56</sup>, kann schon deshalb nicht beigeprägt werden, weil sowohl Gesetze als auch Verordnungen in der Regel generell-abstrakte Normen zum Inhalt haben müssen<sup>57</sup> und die Prognose Kleys vom heutigen technischen Verständnis ausgeht, welches der Gesetzgeber bewusst nicht zum Inhalt der gesetzlichen Regelung machen wollte. Dabei zeigt die Formulierung der Interkonnektion auffallende Parallelen zum allgemeinen Wettbewerbsrecht. Ähnlich dem Kartellgesetz werden allgemeine Begriffe verwendet, die auf vergleichbare Sachverhalte abzielen (Zugang zu den «essential facilities»). Das Kartellgesetz weist keine höhere Präzision und Bestimmtheit auf als Art. 11 FMG; trotzdem ist es – wohl-

gemerkt: für ausschliesslich privatrechtliche und damit voll der Wirtschaftsfreiheit unterstehende Sachverhalte – unbestrittene Grundlage zahlreicher sehr weit gehender staatlicher Vorschriften bezüglich betrieblicher Organisation und Marktverhalten, bis hin zur Auflage von Kontrahierungspflichten und dem Zugang Dritter zu betrieblichen Ressourcen.

#### IV. Fazit

Durch die Pflicht, ihren Konkurrentinnen den Zugang zur letzten Meile zu gewähren, werden die Grundrechte der Swisscom – sofern sie davon überhaupt deren Trägerin ist – nicht schwer beeinträchtigt. Ihr Eigentum am Anschlussnetz bleibt erhalten, sie ist lediglich verpflichtet, Anschlüsse zu vermieten, wofür ihr auch eine marktübliche Rendite gewährt wird. Und dies auch nur, falls sich ihre Kunden zu einem Wechsel entscheiden. Von einer Zwangsvermietung kann also keine Rede sein. Im Gegenteil wird durch die freie Anbieterwahl die bisherige Zwangsmiete für Anschlusskunden abgeschafft. Das Fernmeldewesen bildet nach wie vor ein Bundesmonopol, welches einer Geltendmachung der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entgegensteht. Auf die Wirtschaftsfreiheit kann sich die Swisscom als Konzessionärin nicht oder nur in einem sehr beschränkten Umfang berufen. Sie unterliegt den konzessionsrechtlichen Rahmenbedingungen; die Interkonnektionsregelung wurde vom Gesetzgeber der Swisscom bewusst als Verpflichtung auferlegt. Dabei ist von Bedeutung, dass der Zugang zu den Netzen in der heutigen Informationsgesellschaft immer mehr als Grundvoraussetzung für die persönliche Entfaltung und Realisierung der demokratischen und Freiheitsrechte verstanden wird; eine fakti-

sche Monopolisierung dieses «essentiellen» Zugangs durch eine einzige Anbieterin stünde dieser Entwicklung entgegen.

Die Berücksichtigung des Liberalisierungsgedankens und eine Umsetzung der Grundgehalte der Wirtschaftsfreiheit der Konkurrentinnen der Swisscom und der freien Informations- und Marktordnung führen direkt zur Entbündelungsregelung. Da keine schwere Beeinträchtigung der Grundrechte der Swisscom vorliegt, bedarf es zur Durchsetzung der Entbündelung keines formellen Gesetzes; eine vom Bundesrat erlassene Verordnung genügt.

Der Art. 11 Abs. 1 des heutigen Fernmeldegesetzes ist aufgrund einer verfassungskonformen, systematischen und teleologischen Auslegung durchaus als genügende und genügend bestimmte Grundlage der Entbündelungsregelung in der FDV anzusehen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht sieht für vergleichbare Marktzutrittsregelungen keine präziseren Normen vor, ohne dass dies je ernsthaft in Frage gestellt worden wäre. Die Revision der Fernmeldeverordnung war angesichts des wachsenden Bedarfs und in Anbetracht der Technizität der Regelung dringlich wie auch adäquat. Wenn der Bundesrat sich nun für eine Anpassung des FMG einsetzt, so ist dies weder als widersprüchliches Verhalten noch als Eingeständnis, gegenwärtig fehle die gesetzliche Grundlage, zu werten. Das Vorgehen des Bundesrates ist primär politisch und nicht rechtlich motiviert<sup>58</sup>. Es ist nicht das erste Mal, dass aus politischer Zweckmässigkeit der formelle Gesetzgeber angegangen wird. Dies ändert nichts an der nüchternen rechtlichen Realität, welche zum Schluss führt, dass die Entbündelungsregelung de lege lata auf Verordnungsstufe festgelegt werden kann.

- <sup>1</sup> Entbündelung per Express: die gesetzliche Grundlage der vom Bundesrat angeordneten Entbündelungspflicht des Fernmelde-Anschlussnetzes.
- <sup>2</sup> Als letzte Meile oder local loop wird die Teilnehmeranschlussleitung zwischen Teilnehmeranschluss und der Ortzentrale bezeichnet. Aus historischen Gründen sind die herkömmlichen Kupferkabel, die auf diesen Festnetzstrecken noch im Einsatz sind, in den meisten Ländern im Besitz des ehemaligen staatlichen Monopolbetriebs (in der Schweiz Swisscom).
- <sup>3</sup> SR 784.101.1.
- <sup>4</sup> [www.uvek.admin.ch/imperia/md/content/gs\\_uvek2/d/kommunikation/liberalisierung/6.pdf](http://www.uvek.admin.ch/imperia/md/content/gs_uvek2/d/kommunikation/liberalisierung/6.pdf).
- <sup>5</sup> A. KLEY, (Fn. 1), II/1, Abs. 3.
- <sup>6</sup> Ebd.
- <sup>7</sup> Mitteilung 2000/C 272/10 der Kommission vom 23. September betreffend den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss.
- <sup>8</sup> Mehr zu verlangen, wäre gemäss Kartellgesetz eine verpönte missbräuchliche Ausnutzung einer Monopolsituation, respektive einer marktbeherrschenden Stellung. Höhe und Berechnung der Entschädigung wird denn auch in Gesetz und Verordnung ausdrücklich geregelt (Art. 11 FMG und Art. 45 FDV).
- <sup>9</sup> Vernehmlassungsstellungnahme der Com Com zur Revision FMG, FDV und AEFV, 6.
- <sup>10</sup> P.-Y. GUNTER / M. HERTIG, Bemerkungen zum Commcare-Urteil, *Medialex* 2002, 41.
- <sup>11</sup> Medienmitteilung der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 7. Mai 2002.
- <sup>12</sup> KLEY (Fn. 1), III/2, Abs. 2.
- <sup>13</sup> SR 784.10.
- <sup>14</sup> KLEY (Fn. 1), II/4, Abs. 1.
- <sup>15</sup> T. POLEDNA, «Unbundling – Stolpersteine auf der letzten Meile», *AJP* 2002, 328 ff., insb. 336.
- <sup>16</sup> Art. 32 EFDV vom 30. Mai 1997 und Erläuterungen zur Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 30. Mai 1997, 17.
- <sup>17</sup> POLEDNA, 335.
- <sup>18</sup> POLEDNA, 337.
- <sup>19</sup> Mitteilung der Europäischen Kommission (2000/C 272/10); siehe auch BBl 1996 III, 1473 (Auswirkungen auf die internationale Stellung der Schweiz).
- <sup>20</sup> Vgl. – statt vieler – R. RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht*, Basel et al., 2000, 115 ff.
- <sup>21</sup> R. RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000*, Basel et al. 2000, 186 ff.
- <sup>22</sup> Vgl. auch P. FISCHER in: M. GEPPERT, E.-O. RUHLE, F. SCHUSTER (Hg.), *Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2002, Rn. 1212.
- <sup>23</sup> TUG, SR 784.11.
- <sup>24</sup> *Commcare-Urteil* vom 3. Oktober 2001 2A.503/200 und 2A.505/2000.
- <sup>25</sup> J. P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, Bern 1999, 606.
- <sup>26</sup> MÜLLER, 608.
- <sup>27</sup> Vgl. dazu statt vieler M. KLOEPFER, *Informationsrecht*, München 2002, § 4 Rn. 28 f.
- <sup>28</sup> KLEY (Fn. 1), III/4, Abs. 10.
- <sup>29</sup> KLEY (Fn. 1), IV/3, Abs. 1 ff.
- <sup>30</sup> BGE 106 Ia 372 E. 2a.
- <sup>31</sup> BGE 110 Ib 32. Vgl. auch VALLENDER, in: *St. Galler Kommentar BV*, Zürich et al. 2002, BV 26 N 63.
- <sup>32</sup> MÜLLER, 614.
- <sup>33</sup> MÜLLER, 638 f.
- <sup>34</sup> RHINOW, 314.
- <sup>35</sup> POLEDNA, 337; R. H. WEBER: «Anmerkung zum Commcare-Urteil», *sic!* 2002, 30.
- <sup>36</sup> KLEY (Fn. 1), IV/3, Abs. 1.
- <sup>37</sup> KLEY (Fn. 1), IV/2, Abs. 1 ff.
- <sup>38</sup> H. BURKERT, in: *St. Galler Kommentar BV*, BV 92 N 5; J. F. AUBERT / P. MAHON, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich 2003, BV 92 N 5 ff.; P. R. FISCHER / O. SIDLER, *Fernmelde-recht*, in: R. H. WEBER (Hg.), *SBVR*, Bd. V, *Informations- und Kommunikationsrecht*, Teil 1, Basel u. a. 2003, S. 81.
- <sup>39</sup> MÜLLER, 671.
- <sup>40</sup> Y. HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Bd. II, Zürich 1982, 48.
- <sup>41</sup> POLEDNA, 334.
- <sup>42</sup> Vernehmlassungsstellungnahme der Com Com zur Revision FMG, FDV und AEFV, 2 ff.
- <sup>43</sup> R. RHINOW, «Stellungnahme zum Gutachten von Dr. Andreas Kley zur Frage, ob das Völkerrecht oder das Fernmelde-recht eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Verpflichtung zur Entbündelung im Anschlussnetz bieten», 16.
- <sup>44</sup> SCHWEIZER, in: *St. Galler Kommentar BV*, BV 35 N 19.
- <sup>45</sup> Das Erfordernis eines formellen Gesetzes zur Einschränkung der verfassungsmässigen Rechte gilt gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. c BV auch für die Schaffung von Rechten und Pflichten der Personen. Dazu sagt Kley, dass der Bundesrat seine Verordnungs-kompetenzen mit der Änderung der Art. 1 und 43 FDV massiv überschritten hat, indem er die dem Gesetz unbekannte Entbündelungspflicht allein auf dem Verordnungsweg einführt. Es mag zwar stimmen, dass für das Gesetz die drei neuen Tatbestände unter Art. 1 lit. c – e FDV neu waren; es handelt sich aber nicht um neu in der Verordnung festgelegte Pflichten, da sie unter den Begriff der Interkonnektion (3 lit. e FMG) fallen und somit die marktbeherrschende Anbieterin schon gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu deren Gewährung verpflichtet ist.
- <sup>46</sup> BGE 106 Ia 364 E.2, 366; MÜLLER, 606; HÄFELIN / HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2001, Rn. 1850.
- <sup>47</sup> HÄFELIN / HALLER, Rn. 310; SUTTER-SOMM, *St. Galler Kommentar BV*, BV 164 N 10.
- <sup>48</sup> Bundesrätliche Pressemitteilung vom April 2002 zur Entbündelung der letzten Meile.
- <sup>49</sup> Vgl. HÄFELIN / HALLER, Rn. 1857.
- <sup>50</sup> Dazu eingehend T. POLEDNA, *Staatliche Bewilligungen und Konzessionen*, Bern 1994, Rn. 115 f.
- <sup>51</sup> POLEDNA, 334.
- <sup>52</sup> C. VON ZEDTWITZ: «Art. 11 FMG als regulatorische Marktzutrittsschranke?»; *sic!* 2002, 368.
- <sup>53</sup> FISCHER / SIDLER, 144.
- <sup>54</sup> POLEDNA, 334; BGE 113 Ib 63 f.
- <sup>55</sup> POLEDNA, 334; BGE 113 Ib 64.
- <sup>56</sup> KLEY (Fn. 1), III/3, Abs. 5.
- <sup>57</sup> HÄFELIN / HALLER, Rn. 1850.
- <sup>58</sup> Medienmitteilung des UVEK vom 26. Februar 2003.