

ANDREAS KLEY

**Entbündelung per Express: Die gesetzliche
Grundlage der vom Bundesrat angeordneten
Entbündelungspflicht des Fernmelde-
Anschlussnetzes**

Entbündelung per Express: Die gesetzliche Grundlage der vom Bundesrat angeordneten Entbündelungspflicht des Fernmelde-Anschlussnetzes

ANDREAS KLEY*

I. Problem

II. Inhalt und Wirkung der neuen Verpflichtungen gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. a^{ter-aquinquies} FDV

1. Einleitung
2. Auswirkungen der Entbündelungsformen
3. Begriff und Zweck der Interkonnektion
4. Subsumtion der Entbündelung unter den Begriff der Interkonnektion
5. Zielsetzung der neuen Entbündelungsverpflichtung

III. Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips

1. Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips aufgrund von Art. 5 Abs. 1 und 164 Abs. 2 BV
2. Anforderungen an die Normstufe
3. Anforderungen an die Normdichte
4. Anwendung der Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips auf die FDV-Entbündelungsverpflichtung

IV. Grundrechtsträgerschaft der Swisscom AG

1. Rechtsgrundlagen der Swisscom AG
2. Grundrechtsträgerschaft der Swisscom und der alternativen Fernmelde-diensteanbieterinnen
3. Anforderungen an das Grundrechte einschränkende Gesetz gemäss Art. 36 Abs. 1 BV

Zusammenfassung / Résumé

I. Problem¹

Anlass für diese Überlegungen ist die am 7. März 2003 beschlossene

und am 1. April 2003 in Kraft getretene Revision der Fernmeldeverordnung². Deren neuer Art. 43 Abs. 1 lit. a^{ter-aquinquies} FDV sieht vor, dass die marktbeherrschende Anbieterin schnellen Bitstrom-Zugang, gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss anbietet. Dabei stellt sich die Frage, ob die Vorschrift des Art. 43 Abs. 1 lit. a^{ter-aquinquies} FDV und die damit verbundenen Begriffsbestimmungen in Art. 1 lit. c–d FDV sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen.

Im nachfolgenden II. Abschnitt wird der Inhalt der neuen Verpflichtung von Art. 43 Abs. 1 lit. a^{ter-aquinquies} FDV vorgestellt. Dabei werden die drei Formen der Entbündelung, der Inhalt der Interkonnektionsverpflichtung sowie die Wirkungen einer Entbündelung darzustellen sein. Im III. Abschnitt werden die Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips hinsichtlich dieser als Entbündelung verstandenen Interkonnektionspflicht dargelegt. Kann sich die marktbeherrschende Anbieterin auf die Grundrechte berufen, so gelten die Anforderungen des III. Abschnittes verstärkt (Abschnitt IV).

Der nachstehende Beitrag befasst sich mit der am 7. März 2003 beschlossenen und am 1. April 2003 in Kraft getretenen Revision der Fernmeldeverordnung. Diese sieht vor, dass die marktbeherrschende Anbieterin entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss anbieten muss. Dabei stellt sich die Frage, ob diese Verordnungsvorschrift sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützt.

Cette contribution traite de la révision de l'ordonnance sur les services de télécommunication, approuvée le 7 mars 2003 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2003. Celle-ci prévoit que le fournisseur occupant une position dominante sur le marché doit offrir l'accès dégroupé au raccordement d'abonné. On doit se poser la question de savoir si cette disposition repose sur une base légale suffisante.

* Prof. Dr. rer. publ., Ordinarius für Staatsrecht an der Universität Bern.

¹ Es handelt sich um eine überarbeitete und gekürzte Fassung eines Gutachtens, das der Swisscom AG am 2. Juli 2003 erstattet wurde.

² AS 2003, 544; vgl. auch SR 784.101.1. Diese Regulierung ging vom Commcare

Urteil vom 3. Oktober 2001 aus, sic! 2002, 18 ff.; Medialex 2002, 33 ff. oder ZBl 2002, 244 ff., wo das BGer eine Entbündelung mangels gesetzlicher Grundlage abgelehnt hatte. Vgl. auch die Besprechungen von C. v. ZEDTWITZ, Art. 11 FMG als regulatorische Marktzutritts-schranke? sic! 2002, 365–370.

II. Inhalt und Wirkung der neuen Verpflichtungen gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. a^{ter}-a^{quinquies} FDV

1. Einleitung

Art. 43 Abs. 1 lit. a^{ter}-a^{quinquies} FDV ergänzt das für die marktbeherrschende Anbieterin vorgeschriebene Basisangebot an Interkonnectionsdienstleistungen:

¹ Die marktbeherrschende Anbieterin bietet im betreffenden Markt mindestens das folgende Basisangebot an: (...)
a^{ter}. schnellen Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access);
a^{quater}. gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss (Shared Line Access);
a^{quinquies}. vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Full Access).

In Art. 1 lit. c-e FDV werden die drei Formen der Entbündelung³ definiert:

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 berechnigte Fernmeldedienstanbieterin zum Wiederverkauf;
d. *Gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss (Shared Line Access)*: die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss der verpflichteten Fernmeldedienstanbieterin für die berechnigte 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;
e. *Vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss (Full Access)*: die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss der verpflichteten Fernmeldedienstanbieterin für die berechnigte Fernmeldedienstanbieterin zu deren ausschliesslicher Nutzung.

Diese drei Entbündelungsformen unterscheiden sich grundlegend von den Interkonnectionsdienstleistungen, welche die Swisscom ge-

genwärtig anbietet. Während bei den Interkonnectionsdienstleistungen jeweils auf der Basis eines physischen Netzzusammenschlusses Fernmeldedienste der Swisscom mit Fernmeldediensten der anderen Anbieterin verbunden werden, findet bei den drei obgenannten Entbündelungsdiensten kein Zusammenwirken von Fernmeldedienstleistungen mehr statt. Die Swisscom muss ihren Konkurrentinnen vielmehr die Verbindung zu den Endkunden bzw. den Zugang zum Teilnehmeranschluss abtreten⁴. Alle drei Formen der Entbündelung haben für die Swisscom Konsequenzen, wie die nachfolgende Analyse zeigt. Es ist für die juristische Beurteilung dieser Eingriffe von Bedeutung, nebst den rechtlichen auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Entbündelung in Betracht zu ziehen.

2. Auswirkungen der Entbündelungsformen

a) Bitstream Access

In seinen wirtschaftlichen Auswirkungen ist der Bitstream Access besonders einschneidend: Die Swisscom finanziert und errichtet eine voll funktionierende Infrastruktur und vermietet diese an eine alternative Anbieterin, welche diese an die Endkunden vermarktet. Die ökonomische Wirkungsweise der Entbündelung kommt beim Bitstream Access am deutlichsten zum Ausdruck: Die von der Swisscom erbrachten Infrastrukturleistungen werden zu behördlich regulierten Preisen an die alternativen Anbieterinnen zwangsvermietet, die diese ihrerseits zu Marktpreisen an die Endkunden weiterverkaufen. Damit soll die von der Swisscom erbrachte Wertschöpfung auch an Konkurrenten fliessen, ohne dass diese ein entsprechendes Investitionsrisiko tragen müssen.

Das Besondere am Bitstream Access liegt darin, dass die Swisscom

nicht nur zur Zwangsvermietung ihres Anschlussnetzes verpflichtet wird; sie muss darüber hinaus dem Dritten eine entsprechende Infrastruktur schaffen, vorfinanzieren und betriebsbereit zur Verfügung stellen. Diese Form der Entbündelung erlaubt es den Drittanbieterinnen, «ohne grosses eigenes Infrastrukturrisiko tätig zu sein»⁵. Von der Nutzung dieser teils bestehenden, teils neu zu schaffenden Leitungsinfrastruktur würden einzig die alternativen Anbieterinnen profitieren. Eine derartige «Liberalisierung» geht – wenn sie so durchgesetzt wird – buchstäblich auf Kosten der Swisscom und dürfte neue Angebote für die Endkunden gerade nicht fördern⁶. Im Ergebnis wird damit die Investitionsbereitschaft sowohl der Swisscom als auch der alternativen Anbieterinnen gehemmt. Alternative Anbieterinnen werden es unterlassen, selbst Infrastruktur aufzubauen, wenn es doch möglich ist, die Infrastruktur der Swisscom zu regulierten Preisen zu benutzen und

³ Der Bundesrat folgt der allgemein üblichen Begriffsbestimmung, vgl. dazu die Mitteilung 2000/C 272/10 der Europäischen Kommission vom 23. September 2000 betreffend den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss; ferner die instruktive Medienmitteilung des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation vom 24. April 2002, http://www.admin.ch/cp/d/3cc69bca_1@fwsrv.g.bfi.admin.ch.html, die von P.R. FISCHER/O. SIDLER, Fernmelderecht, in: R.H. Weber (Hg.), Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, V.1., 2. Aufl., Basel et al. 2003, 61 ff., insb. 170 f. wiedergegeben wird. Vgl. auch Ch. B. GRABER, Lost Highway – Bleibt KMU der Zugang zur Breitbandkommunikation verbaut? in: J. Schmid et al. (Hg.), Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, 217–252, insb. 221 ff.

⁴ Vgl. Commcare Urteil (Fn. 2), E. 5cy sowie Ziff. II/4. hinten.

⁵ So das BGer im Commcare Urteil (Fn. 2), E. 6c.

⁶ So auch das BGer im Commcare Urteil (Fn. 2), E. 6c.

sogar ausbauen zu lassen. Der Swisscom wiederum wird mit einer solchen Regulierung der Anreiz genommen, weiterhin massiv in den Ausbau ihrer Breitbandinfrastruktur zu investieren. Es handelt sich somit um einen gravierenden Eingriff in den Wettbewerb und den Tätigkeitsbereich der verpflichteten Anbieterin.

b) Shared Line Access

In seinen Auswirkungen auf den Bereich der Breitbanddienstleistungen ist der Shared Line Access erheblich. Die Swisscom verliert die ökonomisch interessanten Breitbanddienste. Hinzu kommt, dass infolge der technischen Entwicklung (Stichwort: Internettelefonie/Voice over IP) auch die traditionellen Telefondienstleistungen über den breitbandigen Frequenzbereich abgewickelt bzw. angeboten werden können. Der Wert der Nutzung des Schmalbands nimmt mit zunehmender technischer Entwicklung ab, da sich das Breitband für sämtliche Dienste nutzen lässt. Diese Substitution kann dazu führen, dass das bei der Swisscom verbleibende Schmalbandspektrum nicht mehr für Grundversorgungsdienste nachgefragt wird. Die Verpflichtung zum Shared Line Access hat deshalb gravierende Auswirkungen auf die Swisscom, die mit dem Full Access vergleichbar sind: Die Nutzung der betroffenen Teilnehmeranschlussleitung wird stark beschränkt. Sodann kann das Netz von der Eigentümerin nicht mehr

⁷ K. STERN/J. DIETLEIN, Netzzugang im Telekommunikationsrecht. Zur verfassungsrechtlichen Problematik eines «entbündelten» Zugangs zu den Teilnehmeranschlussleitungen, Archiv Telekommunikation 4/98, 309 ff. und 1/99, 2 ff., insb. 11 f.

⁸ BBl 1996 III 1427 zu Art. 10 des Entwurfs (entspricht Art. 11 FMG).

⁹ BBl 1996 III 1427, ferner 1418.

frei geändert werden, da die eingeräumten Frequenzbereiche des Übertragungsmediums erhalten bleiben müssen.

c) Full Access

Der Full Access bedeutet eine Zwangsvermietung von Übertragungsmedien⁷. Die betroffenen Leitungen werden aus der Verfügungsgewalt der Swisscom herausgelöst. Ihr Eigentum ist nur noch virtuell. Dies bedingt den Zugang von Personen der anderen Anbieterinnen zu den Räumlichkeiten und technischer Infrastruktur der Swisscom, insbesondere im heiklen Bereich des Hauptverteilers. Bezüglich einer Erneuerung und Anpassung des Anschlussnetzes kann die Swisscom als eigentliche Eigentümerin dieser Kabel nicht mehr autonom die für sie effizienteste und günstigste Lösung wählen.

3. Begriff und Zweck der Interkonnection

In einem Markt mit mehreren Fernmeldedienstleisterinnen ist das «Zusammenschalten» oder das «Miteinander verbinden» von Fernmeldediensten und -diensten notwendig.

Das Gesetz bestimmt in Art. 11 Abs. 1 FMG:

Art. 11 Interkonnection

¹ Marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnection gewähren. Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnectionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Der Bundesrat legt die Grundsätze der Interkonnection fest.

Die Botschaft zum Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 bestätigt, dass Art. 11 Abs. 1 FMG die marktbeherrschenden Anbieterinnen zur Interkonnection verpflichtet⁸. Die Interkonnection zwischen Fernmel-

dediensten sei für die Sicherstellung der Kommunikationsfähigkeit und den Zugang zu Dienstleistungen Dritter über verschiedene Dienstleisterinnen hinweg absolut entscheidend (Zusammenschalten der Anlagen und Interoperabilität der Dienste). Auf diese Weise könnten alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Fernmeldeverkehr miteinander kommunizieren⁹. Die Botschaft könnte kaum deutlicher zum Ausdruck bringen, dass mit der «Interkonnection», wie es schon die lateinische und englische Wurzel des Begriffs besagt, die Zusammenschaltung der Anlagen und die Interoperabilität der Dienste erfasst wird.

Der Tatbestand der Interkonnection ergibt sich aus Art. 3 lit. e FMG. Dieser umschreibt die Interkonnection als «Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht.»

4. Subsumtion der Entbündelung unter den Begriff der Interkonnection

Der Begriff der Interkonnection ist für den Umfang der neuen Verpflichtung aus Art. 43 Abs. 1 lit. a^{ter}-a^{quinquies} und Art. 1 lit. c-e FDV entscheidend. Aus dem Begriff der Interkonnection gemäss Art. 3 FMG ergibt sich, dass eine Zusammenschaltung von Anlagen und Diensten gegeben sein muss. Aus der Begriffsbestimmung lässt sich keine allgemeine Verpflichtung zur Verfügungstellung irgendwelcher Anlagen und Dienste herleiten. Deshalb bildet der ausschliessliche Gebrauch physischer Übertragungsmedien ohne Inanspruchnahme eines Dienstes selbst dann keinen Interkonnectionsfall, wenn die Übertragungsmedien mit dem Netz der alternativen

Anbieterinnen verbunden sind¹⁰. Im klaren Widerspruch zu dieser gesetzlichen Regelung und zum Zweck der Interkonnektion ordnen Art. 1 und 43 FDV alle drei Formen der Entbündelung an und deklarieren diese als «Interkonnektion». Damit wird suggeriert, dass sich die Verordnungsbestimmungen im Rahmen des formellen Gesetzes bewegen.

Beim Full Access wird die Nutzung der Anschlussleitung ausschliesslich und vollständig auf die alternative Anbieterin übertragen. Dabei handelt es sich gerade nicht um die Inanspruchnahme eines Dienstes der Swisscom, sondern um die Abtretung von Infrastruktur. Diese Sachlage ändert sich beim Shared Line Access und beim Bitstream Access nicht wesentlich. Zwar scheint in diesen beiden Fällen eine etwas mildere Form der Entbündelung vorzuliegen; freilich bleibt zu beachten, dass der lukrative Breitbandbereich in beiden Fällen der Swisscom entzogen wird, indem diese das Breitbandspektrum des betreffenden Übertragungsmediums den Dritten zur ausschliesslichen Nutzung überlassen muss. Ob die Technologie von der Mitbewerberin (Shared Line Access) oder von der Swisscom (Bitstream Access) eingerichtet und unterhalten wird, spielt keine Rolle. Die Entbündelung eines Mediums wird nicht zu einem «Dienst» im Sinne von Art. 3 lit. b FMG, da die Swisscom nicht nur den Hochfrequenzbereich eines Mediums zur Verfügung stellen, sondern auch noch die technische Infrastruktur vorfinanzieren und zur Zwangsvermietung bereitstellen muss. Es ist wesentlich, dass diese Infrastruktur erst dann an die Dritten zwangsvermietet werden kann, wenn die Swisscom sie auch zur Verfügung stellt resp. schafft. Die so verstandene Interkonnektionspflicht bedeutet nichts anderes, als dass die Swisscom die Infrastrukturkapazitäten zu erhöhen hat und sogar neue

schaffen muss¹¹. Deren Benutzung wird durch behördlich festgesetzte Preise abgegolten.

5. Zielsetzung der neuen Entbündelungs-Verpflichtung

Die geänderte Verordnung zu den Fernmeldediensten will nach den Erläuterungen des Departementes (UVEK) den bisher mangelhaften Wettbewerb stärken und dessen Funktionieren sicherstellen¹². Das Departement stützt seine Feststellung des mangelnden Wettbewerbs auf eine Gesamtmarktstudie der WIK-Consult (Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste) vom 22. Mai 2002. Das Mehr an Wettbewerb soll durch die Aufteilung der «Wertschöpfungsstufen»¹³ auf die verschiedenen alternativen Anbieterinnen erreicht werden, wirkt sich doch die in der Verordnung neu umschriebene «Interkonnektion» als Zwangsvermittlung von Übertragungsmedien aus. Der Nutzen und der Ertrag aus der bestehenden Swisscom Netzinfrastruktur wird nicht mehr allein der Swisscom als Eigentümerin (Bund und private Aktienseigner), sondern Dritten zugewiesen.

Auslöser für die Regulierung ist die Hoffnung, dass die Entbündelung den Wettbewerb unter den Anbieterinnen fördere und vielfältige, innovativere und kostengünstigere Angebote im Breitbandbereich unterstütze. Die alternativen Anbieterinnen könnten Kunden direkt anschliessen und ihnen massgeschneiderte Lösungen anbieten. Es bestehe keine einseitige Abhängigkeit mehr von Swisscom Wholesale Angeboten¹⁴. Die FDV-Revision war also hinsichtlich der Entbündelung

mit der Erwartung von mehr Wettbewerb und damit von mehr Innovation verbunden.

III. Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips

1. Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips aufgrund von Art. 5 Abs. 1 und 164 Abs. 2 BV

Die Bundesverfassung erhebt in Art. 5 Abs. 1 BV das Gesetzmässigkeitsprinzip zu einem allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz, der für die gesamte Staatstätigkeit verbindlich ist. Der Grundsatz wird in Art. 164 Abs. 1 BV für die Bundesgesetzgebung konkretisiert. Danach sind die wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören neben der Einschränkung verfassungsmässiger Rechte gemäss lit. b insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über Rechte und Pflichten von Personen gemäss lit. c¹⁵.

POLEDNA hält dafür, dass bei Konzessionen «an die Bestimmtheit und Präzision einer Norm nicht derart hohe Anforderungen gestellt (würden) wie bei schweren Grundrechtseingriffen»¹⁶. Das Bundesgericht hat diese These in Übereinstimmung mit seiner langjährigen Praxis verworfen. Das Gesetzmässigkeitsprinzip habe auch im Bereich des Fernmeldewesens Gültigkeit:

«Die Interkonnektionspflicht bedarf so oder so einer genügenden gesetz-

¹² Erläuternder Bericht (Vernachlässigungsentwurf) des UVEK zur Änderung der FDV und der AEFV vom Juli 2002, 2 f.

¹³ Erläuternder Bericht (Fn. 12), 4; T. POLEDNA, Unbundling – Stolpersteine auf der «letzten Meile», AJP 2002, 328 ff., 333; FISCHER/SIDLER (Fn. 3), 169.

¹⁴ Erläuternder Bericht (Fn. 12), 4 f.

¹⁵ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 131 f., 195, 389 f. m.H. auf die Rechtsprechung.

¹⁶ POLEDNA (Fn. 13), 334.

lichen Grundlage, die so bestimmt zu sein hat, dass sie den Fernmeldediensteanbietern ermöglicht, verlässlich festzustellen, welche Dienste zu Interkonnektionsbedingungen zu erbringen sind.¹⁷»

Bei der Bestimmung der Tragweite der Interkonnektion nach Art. 3 und 11 FMG geht es nicht allein um die Swisscom (und allfällige andere Anbieterinnen mit einer starken Stellung, z.B. im Bereich der Radio- und TV-Kabelnetze), sondern auch um die interkonnektionsberechtigten Dritten. Die Pflicht der Swisscom bedingt notwendigerweise ein Recht der Drittanbieterinnen. Es handelt sich hier um den klassischen Fall einer Regelung von Rechten und Pflichten gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. c BV.

Im Folgenden sind die Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips hinsichtlich der Normstufe (2.) und der Normdichte (3.) differenziert darzulegen.

2. Anforderungen an die Normstufe

Zunächst sind die Anforderungen darzustellen, welche das Gesetzmässigkeitsprinzip an die Normstufe einer Entbündelungspflicht stellt. Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts besagt nicht, dass sich staatli-

ches Handeln in jedem Fall unmittelbar auf eine Regelung in einem formellen Gesetz stützen muss. Die Delegation rechtssetzender Befugnisse vom Gesetz- an den Verordnungsgeber ist in gewissen Grenzen zulässig, nämlich wenn (kumulativ)

- sie nicht durch eine Verfassungsbestimmung untersagt ist,
- die Delegationsnorm in einem dem Referendum unterstehenden Erlass enthalten ist,
- sich die Delegation auf eine bestimmte Materie beschränkt und
- die Delegationsnorm in *grundsätzlicher Hinsicht Inhalt, Zweck und Ausmass der übertragenen Rechtssetzungsbefugnis* bestimmt¹⁸.

Das BGer bestimmt die angemessene Normstufe für eine Sachregelung und deren Bestimmtheit nach den rechtsstaatlichen Funktionen, die auf dem Spiel stehen¹⁹. Die Bestimmung der angemessenen Normstufe bezieht sich auf die *demokratische* Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips. Hier ist es entscheidend, dass die erheblichen wirtschaftlichen Folgen einer Entbündelung des Teilnehmeranschlusses demokratisch diskutiert und abgewogen werden²⁰. Dafür ist der parlamentarische Prozess vorgesehen, der nicht über eine sehr extensive Auslegung des Begriffes «Interkonnektion» gewissermassen «übersprungen» werden darf. Die Entbündelung des Anschlussnetzes von Swisscom wird in der Öffentlichkeit kontrovers diskutiert. Weder Befürworter noch Gegner machen geltend, es handle sich dabei um eine unwichtige Sache, sondern ersehen aus ihrer Realisierung bedeutende Folgen. Bereits aus dem Ingress von Art. 164 Abs. 1 BV ergibt sich, dass sich der Gesetzgeber dieser wichtigen Frage anzunehmen und nach einer ausführlichen Diskussion zu entscheiden hat. GRABER zieht zur

Frage der Normstufe einer Entbündelungsverpflichtung eine zutreffende Schlussfolgerung²¹:

«Aus dem Demokratieprinzip lässt sich in diesem Zusammenhang folgern, dass es sich hier um eine politisch wichtige Frage handelt, die nach einer breiten Abstützung in einem referendumpflichtigen Erlass ruft.»

Es war daher nur folgerichtig, dass die beiden Kommissionen von National- und Ständerat für Verkehr und Fernmeldewesen mit Schreiben vom 18. bzw. 9. September 2002 dem Bundesrat in Erinnerung gerufen hatten, «dass Entscheidungen von derart grossem staatspolitischem, volkswirtschaftlichem und unternehmungspolitischem Gewicht unbedingt auf dem Weg einer ordentlichen Gesetzesrevision entschieden werden müssen.²²» Solange der politische Prozess in der Öffentlichkeit nicht stattgefunden hat, darf auch der Verordnungsgeber über diesen anstehenden politischen Prozess nicht hinweggehen, indem er selbst eine Anordnung trifft. Es geht mithin nicht um technische Vorschriften betreffend Fernmeldedienste und -anlagen, für die ein Bedürfnis nach rascher Revidierbarkeit besteht, damit die Rechtslage dem technischen Fortschritt angepasst werden kann, sondern um einen Grundsatzentscheid.

Der Bundesrat selbst erachtet offensichtlich eine formellgesetzliche Grundlage für die Entbündelung als unumgänglich. Das von ihm anlässlich der FDV-Revision vom 7. März 2003 gewählte unübliche und sogar widersprüchliche Vorgehen lässt sich deshalb nur politisch erklären. «Der Bundesrat hat am 26. Februar 2003 beschlossen, die Entbündelung der letzten Meile so rasch als möglich auf Verordnungsstufe einzuführen. Er will die Verpflichtung zur Entbündelung im Rahmen der laufenden Revision des Fernmeldegesetzes aber auch noch dem Parlament unterbreiten.²³» Damit hatte der Bundesrat

¹⁷ Commcare Urteil (Fn. 2), E. 7a.

¹⁸ M. IMBODEN/R. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, Basel 1976 (mit Ergänzungsband 1990) Nr. 63 B III.

¹⁹ Z.B. BGE vom 9. Juli 1982, ZBl 1983, 309.

²⁰ So auch das BGer in E. 6b des Commcare Urteils (Fn. 2).

²¹ GRABER (Fn. 3), 247. FISCHER/SIDLER (Fn. 3) enthalten sich eines Kommentars, 170–172.

²² Schreiben der nationalrätlichen Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen vom 18. September 2002.

²³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 7. März 2003; siehe auch die Medienmitteilung des UVEK vom 26. Februar 2003.

eingestanden, dass neben der vorgängigen Ordnungsrevision nachträglich die noch fehlende gesetzliche Grundlage auf dem formellen Gesetzgebungsweg geschaffen werden sollte. GRABER stellt deshalb fest: «Die neue Ordnungsbestimmung steht aber auf sehr schwachen Füßen»²⁴. Bundesrat Leuenberger kommentierte das Vorgehen des Bundesrates: «(...) es erscheint als ziemlich wahrscheinlich, dass das Bundesgericht im Streitfall ohnehin entscheidet, im Zweifelsfall sei die Frage dem Gesetzgeber zu überlassen. Darum haben wir zusätzlich die Entbündelung über das Fernmeldegesetz gewählt»²⁵. Im Vernehmlassungsentwurf zum Fernmeldegesetz wird Art. 3 entsprechend um den «Zugang» ergänzt (lit. d^{bis}) und Art. 11 regelt neu den «Zugang»²⁶, der u.a. auch die Verpflichtung zur Entbündelung des Teilnehmeranschlusses umfassen wird.

3. Anforderungen an die Normdichte

Die Frage nach der angemessenen Normdichte bezieht sich auf den Gehalt der gesetzlichen Grundlage: Sie kann inhaltlich bestimmt oder offen sein. Die Wahl der Normdichte wird einerseits durch das Bedürfnis nach *berechenbarer Rechtsanwendung*, andererseits durch das Bedürfnis nach *einzelfallgerechter Entscheidung* bestimmt.

Das Bundesgericht lässt sich von der Überlegung leiten, dass der Gesetzesvorbehalt eine möglichst wirksame rechtsstaatliche Schranke bilden solle. Daher müsse verlangt werden, dass die belastende, in ein Individualrecht eingreifende Norm einen optimalen Grad der Bestimmtheit aufweise. Der Grad an inhaltlicher Bestimmtheit, den eine gesetzliche Vorschrift aufweisen muss, ist von den Eigenheiten der zu regelnden Materie abhängig. Die

Grenze des rechtsstaatlich Verantwortbaren ist dort zu ziehen, wo die betreffende Norm unnötigerweise wesentliche Wertungen der Gesetzanwendung überlässt oder wo sie überhaupt keinen fassbaren normativen Gehalt aufweist. Darum dürfen reine Blankettnormen, die zu Einzelfallentscheidungen ermächtigen, ohne dass die Entscheidungsmassstäbe in genügender Weise vorgegeben sind, nicht angewendet werden²⁷.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf das Gebot nach Bestimmtheit rechtlicher Normen nicht in absoluter Weise verstanden werden. Danach könne der Gesetz- und Ordnungsgeber nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig generell umschrieben werden können und die an die Auslegung durch die Behörde besondere Anforderungen stellen. Ohne solche Begriffe wäre der Gesetzgeber nicht in der Lage, der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse Herr zu werden.

«Darüber hinaus sprechen die Komplexität der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, die Notwendigkeit einer erst bei der Konkretisierung möglichen Wahl, die nicht abstrakt erfassbare Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte und das Bedürfnis nach einer sachgerechten Entscheidung im Einzelfall für eine gewisse Unbestimmtheit der Normen. Für die Frage, welchen Bestimmtheitsgrad eine Norm für Eingriffe in Grundrechte aufweisen muss, differenziert die Lehre insbesondere danach, an wen sich die Norm wendet und ob sie Eingriffe in Verfassungsrechte erlaubt; darüber hinaus ist die Unbestimmtheit durch verfahrensrechtliche Garantien gewissermassen zu kompensieren»²⁸.

Bei der Entbündelung handelt es sich infolge der beschränkten technischen Möglichkeiten nur um wenige, genauer genommen drei Sachverhalte. Es besteht also gerade keine Vielfalt von zu ordnenden Sachverhalten. Daher kann es der Gesetzgeber selbst exakt bestimmen, ob und welche Entbündelungs-

form(en) unter welchen Bedingungen gewährt werden. Auch von daher besteht kein spezifischer Bedarf an einer Verwendung von abstrakten Begriffen.

4. Anwendung der Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips auf die FDV-Entbündelungsverpflichtung

Im Folgenden soll geprüft werden, ob Art. 3 lit. e und 11 FMG eine genügende gesetzliche Grundlage für die neu durch Art. 1 und 43 FDV verordnete Entbündelungsverpflichtung bilden.

Im Falle der Entbündelung des Anschlussnetzes müssen die Verbindung zum Endkunden bzw. der Zugang zum Teilnehmeranschluss, d.h. Übertragungsmedien und Anlagen, abgetreten werden. Nach *grammatischer Auslegung* kann dieser Tatbestand gar nicht unter den Interkonnectionsbegriff des Art. 3 lit. e FMG subsumiert werden, da die Voraussetzung einer Zusammenschaltung von Diensten nicht erfüllt ist. Beim Full Access, bei dem eine physische Abtretung des «blanken Drahtes» stattfindet, ist dies offensichtlich. Doch auch beim Shared Line Access und beim Bitstream Access führt die Entbündelung nicht zu einer Verbindung von Diensten, da die Swisscom nicht nur den Hochfrequenzbereich des Mediums zur Verfügung stellen, sondern auch noch die technische Infrastruktur vorfinanzieren und zur Zwangsver-

mietung bereitstellen muss. Dennoch wird der entbündelte Zugang zum Anschlussnetz in Art. 43 FDV als Teil des Basisangebotes an Interkonnectionsdienstleistungen vorgeschrieben: «Bezüglich des entbündelten Zugangs zum Anschlussnetz wird in derselben Bestimmung ein Buchstabe a^{ter}²⁹ eingefügt, welcher die Entbündelung in ihren drei Erscheinungsformen ... im Rahmen des Basisangebots ebenfalls ausdrücklich vorschreibt. Terminologie und Inhalt der Verpflichtung orientieren sich dabei grundsätzlich am geltenden europäischen Recht»³⁰. Daraus wird deutlich, dass der Ordnungsgeber nach grammatikalischer Auslegung den gesetzlich definierten diensteorientierten Interkonnectionsbegriff verlässt und dadurch Art. 3 lit. e FMG verletzt.

Die *historische* Entstehung der Interkonnectionsvorschriften zeigt, dass der Gesetzgeber nie die Absicht hatte, mit dem Art. 3 lit. e und 11

FMG die Wertschöpfungsstufen aufzuteilen und durch diese Massnahme den Wettbewerb wirksamer zu machen (Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG). In der parlamentarischen Diskussion zu Art. 11 FMG war von keiner der drei Formen der Entbündelungspflicht die Rede³¹. Anlässlich des Erlasses von Art. 11 FMG ist diese Diskussion im Parlament und auch in der Öffentlichkeit nie geführt worden. Art. 11 FMG wurde als eine technische Vorschrift verstanden, welche die Kommunikationsfähigkeit aller Endkunden sicherstellen soll; deshalb löste sie im Parlament auch keine Diskussion aus. Es ist bemerkenswert, dass gemäss den Vorschlägen für eine Revision des Fernmeldegesetzes exakt auf diese Bedeutung des Begriffs der Interkonnection abgestellt wird. Die Interkonnection erweist sich nach den Revisionsvorschlägen vom Juli 2002 als ein Sonderfall des weiteren Begriffs des «Zugangs»³². Art. 3 des Vorentwurfs für das Fernmeldegesetz lautet wie folgt:

«d^{bis}. Zugang: Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten zur Erbringung von Fernmeldediensten für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten;

e. Interkonnection: Sonderfall des Zugangs, der durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten hergestellt wird und ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht;»

Die Entbündelung lässt sich nach dieser geplanten Vorschrift tatsächlich unter den Begriff «Zugang» subsumieren, zumal in Art. 11 FMG Vorentwurf neu nur noch konsequent von «Zugang» die Rede ist. Das unterstreicht aber nur den Mangel *de lege lata*, wird doch der Ausdruck «Zugang» allein in Art. 43 Abs. 1 lit. a^{ter}³³ FDV verwendet.

Die *teleologische Auslegung* hilft in dieser Sache wenig weiter. Nimmt

man den wirksamen Wettbewerb von Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG als massgebendes Ziel, so liesse sich – ungeachtet der Frage, ob eine Entbündelungspflicht dem (Infrastruktur-)Wettbewerb überhaupt dienlich wäre – eine Entbündelung des Anschlussnetzes über eine extensive Auslegung des Gesetzestextes möglicherweise rechtfertigen³⁴. Nun ist aber eine teleologische Auslegung einer Norm wie Art. 3 lit. e FMG entgegen ihrem Wortlaut nur zulässig, wenn dieser Wortlaut nicht dem Sinn der Norm entspricht³⁵. Dass dies der Fall sein sollte, ist nicht ersichtlich, denn der rechtspolitische Wunsch seitens der alternativen Anbieterinnen bedeutet noch nicht einen sinnwidrigen Wortlaut. Die Entbündelung des Anschlussnetzes auf dem Wege der Gesetzeskorrektur durch den Ordnungsgeber scheidet aus³⁶.

Bei der *systematischen Auslegung* fällt der Spezialfall der verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung in Betracht. Sie ist in diesem Sinne nicht eigenständig, sondern sucht je die möglichst verfassungs- bzw. völkerrechtskonforme Auslegung zu stützen³⁷. Im Übrigen lässt sich aus der systematischen Auslegung einzig das gewinnen, dass aus rechtspolitischen Gründen gewiss nicht die in Art. 3 FMG festgelegten und sinnvollen Legaldefinitionen umgestossen werden können. Art. 3 befindet sich im 1. Kapitel des FMG mit den allgemeinen Bestimmungen, die als solche für das gesamte Gesetz gelten.

Gemäss Art. 11 FMG kommt dem Bundesrat *kein* eigener Gestaltungsspielraum im Bereich der Interkonnection zu, denn – in den parlamentarischen Beratungen wurde diese Bestimmung nicht im Sinne einer besonders weitgehenden Gesetzesdelegation ausgewiesen³⁷. Damit ist der Bundesrat einzig befugt, Vollzugsregeln zur Interkonnection zu erlassen. Das Bundesgericht hatte

²⁴ GRABER (Fn. 3), 227.

²⁵ Interview mit Bundesrat Moritz Leuenberger in der Aargauer Zeitung vom 27. Februar 2003, 7.

²⁶ Erläuternder Bericht (Vernehmlassungsentwurf) des UVEK zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom Juli 2002, 10, 11.

²⁷ Zum Ganzen BGE 109 Ia 283 f.

²⁸ BGE 109 Ia 284.

²⁹ Hier wären auch die lit. a^{quater} und a^{quinquies} zu nennen gewesen.

³⁰ Erläuternder Bericht (Fn. 12), 9.

³¹ Amdt.Bull. NR 1996, 2303 f. und SR 1997, 69 ff.

³² Erläuternder Bericht (Fn. 12), 2, 11.

³³ Gl. A. das BGer im Commcare Urteil (Fn. 2), E. 6b.

³⁴ Z.B. U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, 39 m.w.H.

³⁵ Alle Kritiker des Commcare Urteils stützen sich vor allem auf das Ziel der «Liberalisierung», welches die Auslegung des Fernmeldegesetzes anzuleiten habe: Vgl. R.-Y. GUNTER und M. HERTIG, Medialex 2002, 40–42, 41; POLEDNA (Fn. 13), 336; R. H. WEBER, Anmerkung zum Commcare Urteil, sic! 2002, 30–33, insb. 30; FISCHER/SIDLER (Fn. 3), 152 f.; A. RUCH, Bemerkungen zum Commcare Urteil, ZBl 2002, 262 f. hält sich mit Kritik zurück und bemüht insbesondere nicht die teleologische Auslegung.

³⁶ Dazu Abschnitt IV hinsichtlich der Grundrechte.

³⁷ BBl 1996 III 1474 f., 1490 und Amdt. Bull. NR 1996, 2303 f. und SR 1997, 69 ff.

sich über den Spielraum solcher Regelungen präzise geäußert:

«Vollzugsverordnungen kommt die Funktion zu, die gesetzlichen Bestimmungen zu konkretisieren und gegebenenfalls untergeordnete gesetzliche Lücken zu füllen, soweit dies zur Vollziehung des Gesetzes erforderlich ist. Die Ausführungsbestimmungen müssen sich jedoch an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Bürger beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen, selbst wenn diese Regeln mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar wären»³⁸.

Der Bundesrat hat seine Verordnungs-kompetenzen mit der Änderung der Art. 1 und 43 FDV massiv überschritten, indem er die dem Gesetz unbekannt Entbündelungspflicht am 1. April 2003 allein auf dem Verordnungsweg einführt.

Das Bundesgericht hat im Commcare Urteil in E. 11a die Rechtsprechung zu den Grenzen des bundesrätlichen Verordnungsrechts bestätigt:

«Es obliegt somit einzig dem Gesetzgeber und, gestützt auf die entsprechende Delegation in Art. 11 Abs. 1 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 Interkonnectionspflicht bisher nicht erfassten Mietleitungen und allenfalls Übertragungsmedien neu dem Interkonnectionsregime zu unterstellen.»

Da die Entbündelungspflicht bloss auf Verordnungs- nicht aber auf Gesetzesstufe vorgeschrieben ist, erweitert die Verordnung Pflichten der Swisscom und Rechte der alternativen Anbieterinnen über das gesetzlich vorgeschriebene Mass hinaus. Eine auf die Verordnung abgestützte Verfügung der Kommunikationskommission mit einer individuell-konkreten Pflicht zur Entbündelung des Anschlussnetzes ist – wie Bundesrat, Leuenberger selbst einräumte³⁹ – infolge der fehlenden Gesetzesgrundlage rechtswidrig und dürfte nicht erlassen werden.

IV. Grundrechtsträgerschaft der Swisscom AG

1. Rechtsgrundlagen der Swisscom AG

Das Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. Juni 1997 (TUG; SR 784.11) bezeichnet die Swisscom als eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 und Art. 22 TUG). Sie übernahm die Aktiven und Passiven der Anstaltsteile der früheren PTT-Betriebe (Art. 23 Abs. 1 TUG), welche Fernmelde- und Rundfunkdienste erbrachten, und führt diese Bereiche weiter (Art. 21 Abs. 1 TUG). Der Bund hält die Mehrheit des Aktienkapitals (Art. 6 Abs. 1 TUG), zurzeit 62,73%; es ist geplant, diesen Anteil um 12,7% bis auf das nach Art. 6 Abs. 1 TUG erforderliche Minimum von 50% + 1 Aktie zu reduzieren⁴⁰. Nach den Vorschriften des TUG handelt es sich bei der Swisscom um eine weitestgehend dem Aktienrecht der Art. 620 ff. OR angeglichene Kapitalgesellschaft. Es stellt sich nun die Frage, ob und inwiefern sich die Swisscom (und ihre Mitkonkurrentinnen) im Fernmeldemarkt auf die Grundrechte berufen können.

Im Falle der Swisscom besteht allerdings die Besonderheit, dass es sich um eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft⁴¹ handelt, d.h. neben dem Bund sind private Investoren zu einem erheblichen Teil am Aktienkapital beteiligt. Das verbietet es dem Bund von vornherein, über die Swisscom so zu verfügen wie über eine Anstalt, die vollständig im Eigentum des Staates ist.

Das Bundesgericht hatte im Commcare Urteil in E. 7a die Frage der Grundrechtsträgerschaft der Swisscom offen gelassen:

«Die Kommunikationskommission übersieht (...), dass es sich bei der Interkonnectionspflicht um einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstel-

lung der davon berührten Fernmelde-diensteanbieter handelt. Daran ändert nichts, dass sie in erster Linie die Swisscom AG als ehemalige Monopolistin trifft. Genauso wenig fällt ins Gewicht, ob bzw. wieweit sich die Swisscom AG als zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe konzessionierte gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, an welcher der Bund von Gesetzes wegen die kapital- und stimmenmässige Mehrheit hält (Art. 6 Abs. 1 TUG; vgl. BGE 125 II 307 E. 4f f.), überhaupt auf die Grundrechte, namentlich die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV und die Eigentums-garantie gemäss Art. 26 BV, berufen kann (vgl. BGE 127 II 17 E. 4c).»

2. Grundrechtsträgerschaft der Swisscom und der alternativen Fernmeldedienstanbieterinnen

Die Grundrechte sind im Zuge der politischen Auseinandersetzung von Einzelnen gegen den Staat entstanden. Sie wollen den Einzelnen gegen den Staat schützen. Der Staat kann sich daher grundsätzlich nicht auf sie berufen⁴². Auch die rechtlich und organisatorisch verselbstständigten Teile der Staatsorganisation, etwa die Anstalten, können keine Grundrechte für sich beanspruchen. Der Gesetzgeber kann daher ohne Bindung an die Grundrechte über diese verselbstständigten Organisationen verfügen, soweit die Verfassung nicht *institutionelle Garantien enthält*.

POLEDNA⁴³ verweigert die Wirtschaftsfreiheit allen Fernmeldediensteanbieterinnen. Denn die Fernmel-

³⁸ BGE 124 I 132 E. 3b 132 m.w.H.

³⁹ Fn. 25.

⁴⁰ Die Pressemitteilung der Bundeskanzlei vom 22. Mai 2002 über die Reduktion der Bundesbeteiligung an der Swisscom auf das gesetzliche Minimum.

⁴¹ Commcare Urteil (Fn. 2), E. 7a.

⁴² Y. HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Festschrift für U. Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 111 ff., insb. 111.

⁴³ POLEDNA (Fn. 13), 334.

dekonzessionäre bewegten sich im Bereich eines Bundesmonopols, womit sie sich im regulierten Bereich von vornherein nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen könnten. Wie es sich mit diesem «Bundesmonopol» verhält, wird gleich zu prüfen sein. Ähnlich wie POLEDNA möchte RHINOW nicht von Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit der Swisscom sprechen, denn es handle sich um ein «stehen gebliebenes Monopol» der Swisscom. Denn sie wolle noch von der alten Monopolsituation profitieren, ohne die sie gar nicht in den ausschliesslichen Besitz der Netze gelangt wäre. «Damit kann sie sich aber nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, denn diese schützt nicht Monopolisten»⁴⁴. Das Bundesgericht hat im Commcare Urteil dieses Argument der quasi übergangsrechtlich wirkenden Fortdauer des alten gesetzlichen Fernmeldemonopols nicht gelten lassen und – unabhängig vom grundrechtlichen Status der Swisscom – von einem «erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung» der Swisscom gesprochen⁴⁵.

⁴⁴ RENÉ RHINOW, Stellungnahme zum Gutachten von Prof. Dr. Andreas Kley zur Frage, ob das Völkerrecht oder das Fernmelderecht eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Verpflichtung zur Entbündelung im Anschlussnetz bieten, Zürich, 7. Februar 2001, 15. Diese Stellungnahme lag auch der ständerätlichen Kommission für Verkehr und Fernmelde-wesen gemäss ihrem Schreiben vom 9. September 2002 vor.

⁴⁵ Commcare Urteil (Fn. 2), E. 7a.

⁴⁶ GRABER (Fn. 3), 248. Er verweist dabei auf BGE 123 II 402 E. 3 und das Urteil des BGE 2A.526.2001 vom 29. April 2002 i.S. Verein gegen Tierfabriken (Revisionsverfahren) c. SRG, E. 4.1.

⁴⁷ G. BIAGGINI, Sind öffentliche Unternehmen grundrechtsberechtigt? in: FS für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 623 ff., insb. 637.

⁴⁸ Y. HANGARTNER, Staatsrecht II: Grundrechte, Zürich 1982, 42.

⁴⁹ W. HÄFELIN/G. MÜLLER, Grundzüge des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rn. 2013.

⁵⁰ 2. Kapitel, 2. Abschnitt, Art. 19 ff. FDV.

⁵¹ 2. Kapitel, 2. Abschnitt, Art. 28 ff. FDV.

GRABER beantwortet die Frage nach der Grundrechtsträgerschaft der Swisscom mit einem Vergleich der Swisscom mit der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG-SSR). Diesbezüglich habe nämlich das Bundesgericht entschieden, dass sich die SRG insoweit auf die Wirtschaftsfreiheit berufen dürfe, als sie nicht eine ihr übertragene öffentlichrechtliche Aufgabe erfülle⁴⁶. Demnach sei der Swisscom Grundrechtsträgerschaft zu attestieren, soweit sie nicht im Bereich ihres Grundversorgungsauftrags tätig sei. Eben diese Auffassung wird auch von BIAGGINI vertreten⁴⁷.

Die Grundrechte gelten dann nicht, soweit eine Person «in Ausübung hoheitlicher Gewalt, das heisst in unmittelbarer Erfüllung [ihrer] spezifischen öffentlichen Aufgaben»⁴⁸ handelt. Man könnte nun die Möglichkeit des Monopols von Art. 92 Abs. 1 BV und den Verfassungsauftrag der Grundversorgung von Abs. 2 als eine derartige öffentliche Aufgabe ansehen, die es verhindert, dass die Grundrechte in ihrem Bereich zur Anwendung gelangen. Im Bereiche der Grundversorgung sind «die Dienste (...) allen Bevölkerungskreisen anzubieten» (Art. 14 Abs. 1 FMG). Man kann für die Grundversorgung tatsächlich feststellen, dass eine sozialpolitische öffentliche Aufgabe wahrgenommen wird, denn Art. 19 FMG sieht sogar eine Finanzierung dafür vor. Bei der Grundversorgungskonzession des Art. 15 FMG hat der Gesetzgeber die Erteilung der Konzession von einer Ermessensbedingung abhängig gemacht, die nur einer oder wenige Bewerber erfüllen können. In diesem Sinne *könnte* die Grundversorgungskonzession des Art. 15 FMG eine echte Konzession darstellen, d.h. eine Übertragung eines monopolisierten Tätigkeitsbereichs⁴⁹. Betrachtet man freilich die Regelungen des Fernmelderechts, so stellt sich heraus, dass die Grundversorgungskonzession gar keine Konzession (d.h. eine Übertra-

gung eines Staatsmonopols) ist, sondern lediglich eine «Auflage» (Art. 14 Abs. 1 FMG) zur Konzession nach Art. 4 ff. FMG. Diese Auflage enthält die reine Verpflichtung (und kein Recht), «im Konzessionsgebiet die Dienste der Grundversorgung allen Bevölkerungskreisen anzubieten» (Art. 14 Abs. 1 FMG). Die Fernmelde-dienste-Verordnung verdeutlicht diese Tatsache: Im 2. Kapitel über die Grundversorgung werden zunächst die Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin umschrieben⁵⁰. Sodann werden die Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin und der übrigen Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung festgelegt⁵¹. Das bedeutet, dass die Grundversorgungskonzessionärin kein Recht auf ein ausschliessliches Angebot hat. Vielmehr wird mit der Grundversorgungskonzession sichergestellt, dass im Konzessionsgebiet auch die entlegenen Häuser und Höfe diese Dienste zu regulierten Preisen beziehen können. Eine alternative Anbieterin kann deshalb im Gebiet der Grundversorgungskonzession ebenfalls Dienste der Grundversorgung anbieten. Sie wird das dort tun, wo es sich wirtschaftlich lohnt. Dies wird in Ballungsgebieten regelmässig der Fall sein. Die Grundversorgungskonzession ist damit gar keine Konzession im Sinne der Übertragung eines Monopolrechts, sondern eine Auflage zur Konzession nach Art. 4 ff. FMG. Auf diese Weise wird der Verfassungsauftrag von Art. 92 Abs. 2 BV erfüllt. Von dem gemäss Art. 92 Abs. 1 BV möglichen Staatsmonopol macht die Gesetzgebung keinen Gebrauch. Es gibt mit andern Worten gar kein Monopol, das auf Private übertragen wird.

Für die Frage der Grundrechtsträgerschaft der Swisscom und aller andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten ergeben sich aus dieser gesetzlichen Regelung damit klare Folgerungen: Wird das Gemeinwesen nicht in unmittelbarer Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe tätig, so

unternimmt es «etwas, was jeder Private auch tun kann»⁵². Diese Situation ist für die leitungsgebundenen Fernmeldedienste generell gegeben, da ein Rechtsanspruch auf Konzessionserteilung besteht (Art. 6 Abs. 3 FMG). Diese Konzession nähert sich faktisch der Bewilligung an, die bei erfüllten Voraussetzungen zu erteilen ist. Es wäre sachgerechter, das Konzessionssystem des FMG durch ein Bewilligungs- oder blosses Meldesystem zu ersetzen, soweit Rechtsansprüche bestehen. Der Entwurf zu einer Änderung des Fernmeldegesetzes vom Juli 2002 verfolgt tatsächlich diesen Weg⁵³. Man kann deshalb feststellen, dass sich die Rechtsfolgen der Konzessions- und der Meldepflicht gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 FMG lediglich durch die erhobenen bzw. nicht erhobenen Gebühren und Abgaben gemäss Art. 38 ff. FMG unterscheiden. Damit stehen der gemischtwirtschaftlichen Swisscom, ungeachtet ihrer spezialgesetzlichen Rechtsgrundlage, die allgemeinen Grundrechte in gleicher Weise zu wie jeder juristischen Person des Privatrechts. Aus Gründen der Konsequenz und der Gleichbehandlung gleichartiger Tatbestände wäre es rechtswidrig, wenn ihr in diesen Belangen die allgemeinen verfassungsmässigen Rechte verweigert würden⁵⁴.

Die Swisscom ist eine unter vielen Anbieterinnen von Fernmeldedienstleistungen, die gleichberechtigt am Markt auftreten. Sie kann sich daher *vollumfänglich auf die Grundrechte, namentlich auf die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit, berufen*.

3. Anforderungen an das Grundrechte einschränkende Gesetz gemäss Art. 36 Abs. 1 BV

Die Grundrechte stehen allen Anbieterinnen von Fernmeldediensten und damit auch der Swisscom zu.

Die Verweigerung der Grundrechte und vor allem der Eigentumsgarantie widerspräche den Absichten des Gesetzgebers, im Fernmeldebereich einen Markt von gleichberechtigten Anbietern zu schaffen. Der Bundesgesetzgeber wollte im Zuge der marktwirtschaftlichen Erneuerung der Swisscom den entsprechenden Handlungsspielraum für deren Marktauftritt verschaffen⁵⁵. Die Swisscom kann sich deshalb auch im Bereich der Entbündelung des Anschlussnetzes auf die Grundrechte berufen. Alle drei behandelten Entbündelungsformen haben bedeutende Auswirkungen für die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der Swisscom. Im Folgenden sind die Auswirkungen auf diese beiden Grundrechte hinsichtlich ihrer Qualität zu prüfen.

(1) Beim Full Access verliert die Swisscom in wirtschaftlicher Hinsicht – bis auf das behördlich festgesetzte Entgelt für die Zwangsvermietung – jeglichen Ertrag aus der Nutzung des Eigentums an den betroffenen Übertragungsmedien und sie kann darüber auch nicht mehr verfügen. Es handelt sich letztlich um eine materielle Enteignung und damit um eine schwere Beschränkung des Eigentums nach Art. 26 Abs. 2 BV:

«(...) bei der vollständigen Entbündelung verliert der etablierte Betreiber die Verfügungs- und Herrschaftsmacht über den Teilnehmeranschluss und vermietet diesen gänzlich an einen Dritten. Dies stellt einen erheblichen Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Eigentumsgarantie des etablierten Betreibers dar»⁵⁶.

Im Hinblick auf die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV sind die Auswirkungen entsprechend: Der Full Access beraubt die Swisscom der wirtschaftlichen Nutzung der Übertragungsmedien: Der von Art. 27 BV garantierte freie Einsatz der sachlichen Mittel⁵⁷ ist nicht mehr gewährleistet. Es liegt auch ein

schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV vor.

(2) Der Shared Line Access ist eine Massnahme, die nur bei oberflächlicher Betrachtung milder wirkt als der Full Access, da es der Swisscom den schmalbandigen Telefoniedienst belässt und ihr «nur» die Breitbanddienste entzieht. Angesichts der immer wichtiger werdenden Breitbanddienste und der Möglichkeit auch Sprachtelefonie darüber abzuwickeln, liegt auch bei dieser Entbündelungsform ein schwerer Grundrechtseingriff in Form einer materiellen Enteignung zu Gunsten Privater vor. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Wirtschaftsfreiheit: Die lukrativen Breitbanddienste der Swisscom werden zwangsweise entzogen; ihr verbleibt die wenig attraktive Telefonie. Die Swisscom kann ihr Sachkapital nicht mehr so nutzen, wie sie es für wirtschaftlich sinnvoll ansieht; sie verliert die wichtigste Nutzungsart ihrer Leitungen. Deshalb dürfte die Feststellung kaum schlüssig sein, dass es sich beim Shared Line Access um eine milde Form der Entbündelung handle, die nur einen leichten Eingriff in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit bedeute.

(3) Aus der Sicht der alternativen Anbieterinnen kommt ihnen gerade der Bitstream Access ausserordentlich weit entgegen. Sie können – da auch die technische Infrastruktur von der Swisscom geschaffen wird – ohne grossen Ka-

⁵² HANGARTNER (Fn. 48), 43.

⁵³ Art. 4 FMG-E (2002) und dazu Erläuterungen FMG (Fn. 26), 10.

⁵⁴ HANGARTNER (Fn. 48), 43.

⁵⁵ Im Einzelnen Botschaft zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1306 (Sonderdruck mit sep. Paginierung), 9 f.

⁵⁶ O. SIDLER, Anmerkung zur Verfügung der Kommunikationskommission vom 30. Januar 2002, Medialex 2002, 50.

⁵⁷ BGE 63 I 213 ff.

pitalbedarf und ohne eigenes Infrastrukturrisiko tätig werden, wenn immer die behördlichen Preise im Verhältnis zu den Endkundenpreisen eine genügende Marge erlauben. Man kann deshalb sagen, dass hier eine qualifizierte Aufteilung der Wertschöpfungsstufen stattfindet. Es handelt sich um eine Zwangsinvestition mit anschliessender Zwangsvermietung zu regulierten Preisen der neu geschaffenen Infrastruktur, d.h. eine eigentliche Umverteilung von Investitionskapital und dem daraus zu gewinnenden Ertrag. Interpretiert man also Art. 11 FMG als Entbündelungspflicht im Sinne des Bitstream Access, so zeigt sich diese Konsequenz im Vergleich zum Full Access besonders deutlich. Es ist die wirtschaftlich einschneidendste Massnahme, da sie eine Pflicht zum Netzausbau und der Schaffung entsprechender Ausrüstung beinhaltet, die dann zwangsvermietet wird. Der Bitstream Access greift nicht nur in die Eigentumsgarantie, sondern gleichermaßen gravierend in die Wirtschaftsfreiheit ein, da er direkt das Investitionsverhalten der verpflichteten Unternehmung bestimmt. Er muss sich deshalb an der Eigentumsgarantie und an der Wirtschaftsfreiheit messen lassen.

Bei allen drei Entbündelungsformen liegt eine *materielle Enteignung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 BV vor*. Denn von der Entbündelung betroffen ist im Sinne eines Sonderopfers vor allem die Swisscom. Man kann den Full Access aber auch die Verpflichtung der Zurverfügungstellung von Frequenzbereichen (Shared Line Access, Bitstream Access) als Einschränkung des bisherigen Gebrauchs des Teilnehmeranschlusses begreifen, die eine aus dem Eigentum fließende wesentliche Befugnis

entzieht⁵⁸. Das behördlich festgelegte Entgelt für die Zwangsabtretung von Leitungskapazitäten der Anschlussleitungen muss daher auf jeden Fall die Wertgarantie des Art. 26 Abs. 2 BV wahren. Das bedeutet, dass die verursachte Nutzungsbeschränkung (oder beim Full Access gänzliche Nutzungsabtretung) *vollumfänglich* entschädigt werden muss. Der zuweilen in der politischen Diskussion vorgeschlagene reine Selbstkostenpreis und die Vergleichswerte europäischer Preise erfüllen diese Anforderung nicht. Der Preis muss vielmehr die Werterhaltung, Rückstellungen für künftige Investitionen und die langfristige Verzinsung des investierten Kapitals einschliesslich eines Gewinnanteils beinhalten.

Die Wirtschaftsfreiheit spielt bei allen drei Entbündelungsarten in einem zusätzlichen Punkt eine entscheidende Rolle. Die jeweils vorgesehenen Zwangsvermietungen von Leitungskapazitäten werden letztlich durch einen behördlich festgesetzten Preis abgegolten⁵⁹. Der behördliche Eingriff in den Preismechanismus gilt seit jeher als ein schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und in einer Wettbewerbswirtschaft als systemwidrig. Im Hinblick auf den Verfassungsvorbehalt von Art. 94 Abs. 4 BV für grundsatzwidrige Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit wäre er wohl gedeckt, da die Bundesverfassung in Art. 92 BV sogar ein Bundesmonopol («[...] ist Sache des Bundes») ermöglichen würde. Daraus lässt sich a majore ad minus schliessen, dass diese grundsatzwidrige Massnahme als solche verfassungsrechtlich zulässig ist, wenn die übrigen Voraussetzungen des Art. 36 BV, insbesondere eine klare formellgesetzlich Regelung, erfüllt sind.

Die beschriebenen massiven Einschränkungen der Eigentumsgarantie des Art. 26 BV und der Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV bedürfen gemäss Art. 36 Abs. 1 und

Art. 164 Abs. 1 lit. b BV einer formellgesetzlichen Grundlage. Da es sich bei allen drei Entbündelungsformen um schwere Grundrechtseinschränkungen handelt, müssen sie «im Gesetz selbst vorgesehen» (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) sein. Auch aus diesem Grund scheidet für die Entbündelung des Anschlussnetzes, in welcher Form auch immer, eine blosser Ordnungsrevision aus. Die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit unterstreichen damit das schon allein durch das Gesetzmässigkeitsprinzip gefundene Ergebnis.

Zusammenfassung

Alle drei Entbündelungsformen gemäss Art. 1 lit. c–e und 43 Abs. 1 lit. a^{ter}–a^{quinquies} FDV haben tief greifende wirtschaftliche Auswirkungen auf die Swisscom, da sie ihre eigene Infrastruktur zwangsvermieten muss und das Entgelt für diese Fremdbenutzung auch nicht selber festlegen kann.

Die Entbündelung des Anschlussnetzes in allen drei Formen ist in ihren Auswirkungen rechtlich und politisch bedeutsam. Aus diesem Grunde handelt es sich um grundlegende Bestimmungen, die aufgrund von Art. 164 Abs. 1 BV eine formellgesetzliche Grundlage erfordern. Im heutigen Fernmeldegesetz fehlen entsprechende Bestimmungen. Dem Verordnungsgeber ist es mangels gesetzlicher Anordnung und entsprechender Delegationsnormen verwehrt, eine Entbündelung des Anschlussnetzes anzuordnen. Er darf lediglich Vollzugsvorschriften erlassen, diese aber dürfen keine neuen Pflichten einführen und zwar selbst dann nicht, wenn diese Pflichten mit dem Ziel des Gesetzes vereinbar wären. Da Art. 1 lit. c–e und 43 Abs. 1 lit. a^{ter}–a^{quinquies} der revidierten Fernmeldeverordnung sich nicht auf eine derartige formellgesetzliche Grundlage stützen können, sind sie gesetzwidrig. Diese Beurteilung wird durch die Tat-

sache untermauert, dass der Bundesrat nachträglich auch noch eine Gesetzesgrundlage glaubt schaffen zu müssen.

Die Swisscom kann sich wie die alternativen Anbieterinnen auf die Grundrechte berufen. Bei der Entbündelung des Anschlussnetzes in allen drei Formen handelt es sich um einen gravierenden Eingriff in ihre Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und ihre Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Die dadurch bewirkte materielle Enteignung wäre, soweit die privaten Swisscom-Aktionäre eine erhebliche Einbusse erleiden würden, voll zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 BV). Die Geltung der Grundrechte für Swisscom unterstreicht die Bedeutung des Gesetzmässigkeitsprinzips. Die Entbündelung des Anschlussnetzes in allen drei Formen kann aufgrund von Art. 36 Abs. 1 und 164 Abs. 1 lit. b BV nur angeordnet werden, wenn sie «im Gesetz selbst vorgesehen» ist. Da Art. 1 lit. c – e und 43 Abs. 1 lit. a^{ter} – a^{quinquies} der revidierten Fernmeldeverordnung sich nicht auf eine derartige formellgesetzliche Grundlage stützen können, verletzen diese Bestimmungen die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit.

Résumé

Les trois formes de dégroupage prévues aux articles 1 lit. c – e et 43 lit. a^{ter} – a^{quinquies} OST ont des effets économiques considérables pour Swisscom, étant donné que celle-ci est contrainte de louer ses infrastructures et qu'elle ne peut pas en fixer le loyer elle-même.

Le dégroupage du réseau de raccordement dans ses trois formes a des conséquences juridiques et politiques importantes. Pour cette raison, il s'agit de dispositions fondamentales qui, conformément à l'art. 164 al. 1 Cst. féd., exigent une base légale formelle. De telles dispositions manquent dans l'actuelle loi sur les télécommunications. L'auteur de l'ordonnance n'est pas compétent pour ordonner un dégroupage du réseau de raccordement, faute d'une base légale et d'une norme de délégation correspondante. Il ne peut qu'édicter des règles d'exécution, lesquelles ne peuvent introduire de nouvelles obligations, quand bien même elles seraient compatibles avec l'objectif de la loi. Étant donné que les articles 1 lit. c – e et 43 alinéa 1 lit. a^{ter} – a^{quinquies} de l'ordonnance sur les services de télécommunication révisée ne reposent pas sur une telle base légale

formelle, ils sont contraires à la loi. Cette appréciation est étayée par le fait que le Conseil Fédéral juge nécessaire de créer ultérieurement une base légale. Comme les fournisseurs alternatifs, Swisscom peut invoquer les droits fondamentaux. Les trois formes de dégroupage présentent une atteinte grave à la garantie de la propriété (art. 26 Cst. féd.) et à la liberté économique (art. 27 Cst. féd.). L'expropriation causée devrait être pleinement indemnisée dans la mesure où les actionnaires privés de Swisscom subiraient une perte importante (art. 26 al. 2 Cst. féd.). La validité des droits fondamentaux pour Swisscom souligne l'importance du principe de la légalité. En application de l'art. 36 al. 1 et de l'art. 164 al. 1 lit. b Cst. féd., les trois formes de dégroupage du réseau de raccordement ne peuvent être ordonnées que lorsqu'elles sont «prévues par une loi». Puisque les articles 1 lit. c – e et 43 al. 1 lit. a^{ter} – a^{quinquies} de l'ordonnance sur les services de télécommunication révisée ne peuvent s'appuyer sur une telle base légale formelle, ces dispositions violent la garantie de la propriété ainsi que la liberté économique.