

Beilage 2

**Stellungnahme von Swisscom zur Änderung des FMG
und seiner Ausführungsbestimmungen**

Bietet das Fernmeldegesetz eine genügende gesetzliche Grundlage für eine allfällige Verpflichtung zur Entbündelung im An- schlussnetz auf Verordnungsstufe?

Gutachten

Erstattet der Swisscom AG, 3050 Bern

Prof. Dr. Andreas Kley
Ordinarius für Staatsrecht an der Universität Bern

Bern, 11. Juni 2002

Inhalt

<u>I.</u>	<u>Ausgangslage und Auftrag</u>	2
<u>II.</u>	<u>Wirtschaftliche Wirkung der verschiedenen Formen der Interkonnektion von Übertragungsmedien</u>	3
	1. <u>Formen der Entbündelung</u>	3
	2. <u>Full Access</u>	4
	3. <u>Line Sharing</u>	4
	4. <u>Bitstream Access</u>	5
	5. <u>Verhandlungsprimat und behördliche Preisfestsetzung</u>	6
<u>III.</u>	<u>Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips im allgemeinen</u>	7
	1. <u>Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips aufgrund von Art. 5 und 164 BV</u>	7
	2. <u>Anforderungen an die Normstufe</u>	8
	3. <u>Anforderungen an die Normdichte</u>	9
<u>IV.</u>	<u>Grundrechtsträgerschaft der Swisscom ag</u>	10
	1. <u>Rechtsgrundlagen der Swisscom AG</u>	10
	2. <u>Grundrechtsträgerschaft der Fernmeldediensteanbieterinnen</u>	11
<u>V.</u>	<u>Rechtliche Würdigung</u>	14
	1. <u>Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips</u>	14
	2. <u>Anforderungen an das Grundrechte einschränkende Gesetz</u>	18
<u>VI.</u>	<u>Fazit</u>	22

I. Ausgangslage und Auftrag

Der Gutachter erstattete am 29. August 2000 der Swisscom AG ein Rechtsgutachten über die folgende Frage: „Bietet das Völkerrecht oder das Fernmeldegesetz eine genügende gesetzliche Grundlage für eine allfällige Verpflichtung zur Entbündelung im Anschlussnetz?“

Seit dem Abschluss des Gutachtens sind neue Entscheide zur Interkonnektion ergangen. Die TDC Switzerland AG stellte am 31.7.2000 gegen Swisscom AG beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zu Händen der Eidg. Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Entbündelung des Anschlussnetzes und um Erlass entsprechender vorsorglicher Massnahmen. Das Massnahmegesuch wurde von der ComCom am 9.11.2000 gutgeheissen, aber der Entscheid wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 13.3.2001 aufgehoben. In seinem grundlegenden Entscheid vom 3. Oktober 2001 i.S. Commcare gegen Swisscom AG verneinte das Bundesgericht aufgrund der aktuellen Rechtslage u.a. die Verpflichtung zur Entbündelung des Teilnehmeranschlusses¹. Gestützt auf diesen Bundesgerichtsentscheid wies die ComCom am 5. Februar 2002 das Entbündelungsgesuch der TDC Switzerland AG ab, da die „Auferlegung einer Entbündelungsverpflichtung ohne entsprechende rechtliche Grundlage“ das Legalitätsprinzip verletzen würde. „Es liegt am Gesetzgeber bzw. am Bundesrat, die entsprechenden Grundlagen auf dem

¹ Publiziert und kommentiert, in: Medialex 2002, S. 33 ff. oder ZBl 2002, S. 244 ff.

Wege der Rechtsetzung zu schaffen“². Der Bundesrat nahm den von der ComCom zugespielten Ball auf und das Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation erliess am 24.4.2002 eine Medienmitteilung, wonach der Bundesrat beabsichtige, den Telekommunikationsmarkt auch beim Anschlussnetz so rasch als möglich zu öffnen und die Fernmeldedienstverordnung entsprechend zu revidieren. Die Medienmitteilung schloss mit dem Satz: „Das Bundesgericht hatte verlangt, dass die obenerwähnte Unterstellung unter das Interkonnektionsregime eine Grundlage in einer Verordnung oder in einem Gesetz haben muss“³.

Die Swisscom AG beauftragt den Gutachter, an Hand der seit dem August 2000 erfolgten Entwicklung die Rechtslage im Hinblick auf die geplante Revision des Fernmelderechts erneut zu überprüfen: Bietet das Fernmeldegesetz eine genügende gesetzliche Grundlage für eine allfällige Verpflichtung zur Entbündelung im Anschlussnetz auf Verordnungsstufe? Die Frage der Anwendung des EU-Rechts und des WTO-Rechts ist in diesem Gutachten hingegen nicht zu prüfen. Das Bundesgericht lehnte aufgrund der besonders klaren Rechtslage eine direkte Anwendung beider Rechtskreise ab⁴: Die Schweiz ist nicht ein Mitgliedland der EU, so dass die allfälligen Verordnungen und Richtlinien rechtlich nicht anwendbar sind. Und gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts ist das WTO-Recht innerstaatlich nicht self-executing.

II. Wirtschaftliche Wirkung der verschiedenen Formen der Entbündelung des Teilnehmeranschlusses

1. Formen der Entbündelung

In der Diskussion werden die folgenden Entbündelungsformen unterschieden: (1) „Full Access“, (2) „Line Sharing“ und (3) „Bitstream Access“⁵. Diese Formen unterscheiden sich grundlegend von den Interkonnektionsdienstleistungen, welche die Swisscom AG gegenwärtig anbietet. Während bei den Interkonnektionsdienstleistungen jeweils auf der Basis eines physischen Netzzusammenschlusses Fernmeldedienste der Swisscom AG mit Fernmeldediensten der anderen Anbieterin verbunden werden, findet bei den drei obgenannten Entbündelungsdiensten kein Zusammenwirken von Fernmeldedienstleistungen mehr statt. Die

² Verfügung der Eidg. Kommunikationskommission vom 5.2.2002, Medialex 2002, S. 50 (beide Zitate).

³ Medienmitteilung vom 24. April 2002 des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation.

⁴ Vgl. Commcare-Urteil (Anm. 1), E. 9b und c.

⁵ Vgl. dazu die Mitteilung 2000/C 272/10 der Europäischen Kommission vom 23.9.2000 betreffend den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss; ferner die instruktive Medienmitteilung des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation vom 24.4.2002, http://www.admin.ch/cp/d/3ccc69bca_1-@fwsrvvg.bfi.admin.ch.html.

Swisscom AG muss ihren Konkurrentinnen vielmehr reine Infrastrukturleistungen anbieten⁶. Alle drei Formen der Entbündelung hätten für die Swisscom AG einschneidende wirtschaftliche 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. Full Access

Beim „Full Access“ verliert die Swisscom AG den Zugang zum Kunden vollständig. Es kommt zu einer physischen Zwangsabtretung der Teilnehmeranschlussleitung an die Konkurrentinnen (sog. "Zugriff auf den blanken Draht"⁷). Die alternative Anbieterin kontrolliert an Stelle der Swisscom AG die Beziehungen zu den Kunden. Sie kann dabei alle schmal- (Sprachtelefonie) und breitbandigen Dienste (für Datenübertragungen in grosser Menge und Geschwindigkeit) anbieten.

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

3. Line Sharing

Beim „Line Sharing“ verbleibt die schmalbandige Nutzung der Leitung (Telefondienst) bei der Swisscom AG. Dagegen kann die alternative Anbieterin mit Hilfe eigener Ausrüstung, u.a. Breitband-xDSL-Modems, schnelle Datendienste über das Breitbandspektrum desselben Teilnehmeranschlusses anbieten. Um das Line Sharing zu ermöglichen, wird das Schmal- und Breitbandspektrum durch einen Signalverteiler (Splitter) getrennt.

In seinen Auswirkungen auf den Bereich der Breitbanddienstleistungen ist das Line Sharing erheblich. Die Swisscom AG verliert die ökonomisch interessanten Breitbanddienste. Hinzu kommt, dass infolge der technischen Entwicklung (Stichwort: Voice over IP) auch die traditionellen Telefondienstleistungen über den breitbandigen Frequenzbereich abgewickelt bzw. angeboten werden können. Diese Substitution kann dazu führen, dass das bei der Swisscom AG verbleibende Schmalbandspektrum nicht mehr für Grundversorgungsdienste nachgefragt wird. Die Verpflichtung zu Line Sharing hat deshalb gravierende Auswirkungen auf die Swisscom AG, die mit dem Full Access vergleichbar sind: Die Nutzung der betroffenen Teil-

⁶ Vgl. Commcare-Urteil (Anm. 1), E. 5c.

⁷ STERN KLAUS / DIETLEIN JOHANNES, Netzzugang im Telekommunikationsrecht. Zur verfassungsrechtlichen Problematik eines "entbündelten" Zugangs zu den Teilnehmeranschlussleitungen, Archiv Telekommunikation 4/98, S. 309 ff. und 1/99, S. 2 ff., insb. S. 11 f.

nehmeranschlussleitung wird stark beschränkt. Sodann kann das Netz von der Eigentümerin nicht mehr frei geändert werden, da die eingeräumten Frequenzbereiche des Übertragungsmediums erhalten bleiben müssen.

4. Bitstream Access

Im Unterschied zum Line Sharing stellt beim "Bitstream Access" die Swisscom AG selbst (und nicht die neue Anbieterin) die Breitbandverbindung zum Kunden vollständig her und errichtet die dazu erforderliche Infrastruktur (inkl. der technischen Ausrüstung). Diese neu geschaffene Verbindung darf sie aber nicht selber nutzen, sondern muss sie in Form einer Zwangsvermietung anderen Fernmeldedianstanbieterinnen zur Verfügung stellen. Diese Dritten verkaufen dann die Dienste an ihre Endkunden weiter.

In seinen wirtschaftlichen Auswirkungen ist der Bitstream Access besonders einschneidend: Die Swisscom AG finanziert und errichtet eine voll funktionierende Infrastruktur und vermietet diese an eine neue Anbieterin, die diese an die Endkunden vermarktet. Die ökonomische Wirkungsweise der Entbündelung kommt beim Bitstream Access am deutlichsten zum Ausdruck: Die von der Swisscom AG 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 sie ein entsprechendes Investitionsrisiko tragen müssen. Das Besondere am Bitstream Access liegt darin, dass die Swisscom AG nicht nur zur Zwangsvermietung ihres Anschlussnetzes verpflichtet wird; sie muss darüber hinaus dem Dritten eine entsprechende Infrastruktur schaffen und vorfinanzieren. Diese Form der Entbündelung erlaubt es den Drittanbieterinnen, „ohne grosses eigenes Infrastrukturrisiko tätig zu sein“⁸. Von der Nutzung dieser teils bestehenden, teils neu geschaffenen Leitungsinfrastruktur würden einzig die alternativen Anbieterinnen profitieren. Eine derartige „Liberalisierung“ geht – wenn sie so durchgesetzt wird – buchstäblich auf Kosten der Swisscom AG und dürfte den Markt schwächen und neue Angebote für die Endkunden gerade nicht fördern⁹. Im Ergebnis wird damit die Investitionsbereitschaft sowohl der Swisscom AG als auch der alternativen Anbieterinnen gehemmt bzw. unterdrückt. Alternative Anbieterinnen werden es unterlassen, selbst Infrastruktur aufzubauen, wenn es doch möglich ist, die Infrastruktur der Swisscom AG zu regulierten Preisen zu benutzen und sogar ausbauen zu lassen. Dieser Mechanismus ist wahrscheinlich der Grund dafür, dass in den grossen europäischen Märkten alternative Technologien (Wireless Local Loop, Powerline Communication, UMTS u.a.) nicht mit Nachdruck vorangetrieben werden. Der Swisscom AG wiederum wird mit einer solchen Regulierung der Anreiz genommen, weiterhin massiv in den Ausbau ihrer Breitbandinfrastruktur zu investieren. Es handelt sich somit insgesamt um einen gravierenden Eingriff in den Wettbewerb und den Tätigkeitsbereich der verpflichteten Anbieterin. Abgesehen davon lässt sich richtigerweise sagen: „Unter Unbundling versteht man ganz allgemein eine Trennung der Wertschöpfungsstufen“¹⁰.

⁸ So das Bundesgericht im Commcare-Urteil (Anm. 1), E. 6c.

⁹ So auch das Bundesgericht im Commcare-Urteil (Anm. 1), E. 6c.

¹⁰ POLEDNA (Anm. 40), S. 333.

Im übrigen sind die Auswirkungen der Entbündelung beim Line Sharing und beim Bitstream Access ähnlich. Man würde der Swisscom AG zwar den schmalbandigen, bloss für die Telefonie nutzbaren Bereich des Übertragungsmediums belassen. Den breitbandigen, für das Angebot neuer und innovativer Dienstleistungen im Internet-Bereich (insbesondere für E-Commerce-Anwendungen) äusserst wichtigen Frequenzbereich müsste sie hingegen vollständig und zu behördlich regulierten Preisen an die Konkurrenz abtreten. Hingegen nimmt der Wert der Nutzung des Schmalbands mit zunehmender technischer Entwicklung rasant ab, da sich das Breitband für sämtliche Dienste nutzen lässt.

5. Behördliche Preisfestsetzung und Verhandlungsprimat

Nach 11 Abs. 1 FMG und Art. 45 FDV müsste eine marktbeherrschende Anbieterin die Entbündelungsdienste zu kostenorientierten Preisen anbieten. Der Nachweis der Kostenorientierung ist mit grossen Unsicherheiten behaftet. Nach Art. 58 Abs. 3 FDV hat die ComCom im Streitfall denn auch die Möglichkeit, die Preise aufgrund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten zu verfügen, wenn die verpflichtete Anbieterin die Einhaltung der Kostenorientierung nicht nachweisen kann. BAKOM und ComCom haben die Entbündelung des Anschlussnetzes mit Nachdruck gefordert. Dadurch haben sie bei den alternativen Anbieterinnen grosse Erwartungen geweckt, die nach Einführung der Entbündelungspflicht wohl nur durch die Anordnung möglichst tiefer Preise erfüllt werden können. Es ist deshalb zu erwarten, dass die ComCom an den Nachweis der Kostenorientierung hohe Anforderungen stellen und relativ rasch bereit sein wird, die Preise aufgrund von Vergleichswerten festzulegen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die regulierten Preise des Auslands vergleichsweise herangezogen werden. Diese Preise sind aber wiederum keine Marktpreise, sondern basieren vielmehr ebenfalls auf behördlichen Entscheidungen. Es besteht deshalb die Gefahr, dass die Preise unter den Gestehungskosten zu liegen kommen. Die Verhandlungspartner (Verpflichtete und Berechtigte) werden sich angesichts dieser Situation kaum einigen. Wenn immer die berechnete Anbieterin die Aussicht hat, über die ComCom einen tieferen Preis zu erreichen, wird sie ein Angebot der verpflichteten Anbieterin ablehnen. Die Erwartung tiefer Preise wird das Verhandlungsprimat des Art. 11 Abs. 3 FMG zum vorneherein ersticken; dieses wird aller Voraussicht nach leer laufen. Das liegt im Wesen aller behördlichen Preisfestsetzungen begründet und würde auch umgekehrt funktionieren. Würde nämlich die ComCom tendenziell zu hohe Preise festsetzen, so würde die marktbeherrschende Unternehmung auf ein Verhandlungsergebnis verzichten, das unter diesen Preisen liegt.

III. Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips im allgemeinen

1. Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips aufgrund von Art. 5 und 164 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 rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Danach gehören neben der Einschränkung verfassungsmässiger Rechte gemäss lit. b insbesondere die Rechte und Pflichten von Personen gemäss lit. c¹¹.

POLEDNA hält dafür, dass im Konzessionsbereich die Konzessionärin vor allem die gesetzlich geregelten Rahmenbedingungen beachten muss:

„Dabei werden an die Bestimmtheit und Präzision einer Norm nicht derart hohe Anforderungen gestellt wie bei schweren Grundrechtseingriffen; in Konzessionsverhältnissen finden offene Normen ihre eigentliche Domäne“¹².

Dazu ist festzuhalten, dass weder in der Rechtsprechung noch in der Gesetzgebungspraxis ersichtlich ist, dass im Konzessionsverhältnis der Grundsatz der formellgesetzlichen Grundlage nicht gelte oder nur abgeschwächt gelte. Dazu kommt noch, dass es sich bei den "Konzessionen" für leitungsgebundene Fernmeldedienste nach Art. 4 ff. FMG gar nicht um echte Konzessionen für die Übertragung eines Monopols, sondern um der Bewilligung angenäherte Rechtsverhältnisse handelt.¹³ Das Bundesgericht hat denn auch in Übereinstimmung mit seiner langjährigen Praxis dazu festgehalten, dass das Gesetzmässigkeitsprinzip auch für den Bereich des Fernmeldewesens gelte. Die Frage der Anwendbarkeit von Grundrechten spiele keine Rolle:

„Die Interkonnektionspflicht bedarf so oder so einer genügenden gesetzlichen Grundlage, die so bestimmt zu sein hat, dass sie den Fernmeldediensteanbietern ermöglicht, verlässlich festzustellen, welche Dienste zu Interkonnektionsbedingungen zu erbringen sind.“¹⁴

Bei der Tragweite der Interkonnektion nach Art. 3 und 11 FMG geht es nicht allein um die Swisscom AG (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 AG 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.

¹¹ Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 131 f., 195, 389 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

¹² Vgl. POLEDNA (Anm. 40), S. 334.

¹³ Vgl. dazu Abschnitt IV.2.

¹⁴ Urteil Commcare (Anm. 1), E. 7a.

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

2. Anforderungen an die Normstufe

Als erstes sind die Anforderungen zu diskutieren, welche das Gesetzmässigkeitsprinzip an die Normstufe einer Entbündelungspflicht stellt. Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts besagt nicht, dass sich staatliches Handeln in jedem Fall unmittelbar auf eine Regelung in einem formellen Gesetz stützen muss. Die Delegation rechtsetzender Befugnisse vom Gesetz- an den Verordnungsgeber ist in gewissen Grenzen zulässig, nämlich wenn

- 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* bestimmt¹⁵.

Das Bundesgericht bestimmt die angemessene Normstufe für eine Sachregelung und deren Bestimmtheit nach den rechtsstaatlichen Funktionen, die auf dem Spiel stehen¹⁶. 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 werden¹⁷. Dafür ist der parlamentarische Prozess vorgesehen, der nicht über eine sehr extensive Auslegung des Begriffes „Interkonnektion“ „übersprungen“ werden darf. Die Entbündelung des Anschlussnetzes wird in der Öffentlichkeit kontrovers diskutiert, es wird von keiner Seite geltend gemacht, dass es sich dabei um eine unwichtige Sache handle. Gegner und Befürworter der Entbündelung ersehen aus ihrer Realisierung bedeutende und wichtige Folgen. Daraus ergibt sich schon aus dem Ingress von Art. 164 Abs. 1 BV, dass sich der Gesetzgeber dieser wichtigen Frage anzunehmen hat und nach einer ausführlichen Diskussion über die Implikationen der Entbündelung entscheidet. Art. 164 Abs. 1 BV verbietet es, dass Entscheidungen von grosser Tragweite am Parlament vorbei, gewissermassen auf dem Umweg durch die Auslegungs-Hintertür getroffen werden.

Solange der politische Prozess in der Öffentlichkeit nicht stattgefunden hat, darf auch der Verordnungsgeber über diesen anstehenden politischen Prozess nicht hinweggehen, indem er eine Anordnung trifft. Bei der Entbündelung handelt es sich um eine eminent (verteilungs-) politische Frage¹⁸. Es geht also nicht um technische Vorschriften betreffend Fernmeldedienste

¹⁵ Vgl. IMBODEN MAX / RHINOW RENÉ, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, Basel 1976 (mit Ergänzungsband 1990) Nr. 63 B III.

¹⁶ Vgl. z.B. BGE vom 9.7.1982, ZBl 1983, 309.

¹⁷ So auch das Bundesgericht in E. 6b des Commcare-Urteils (Anm. 1).

¹⁸ A.A. POLEDNA (Anm. 40), S. 334.

und -anlagen, für die ein Bedürfnis nach rascher Revidierbarkeit besteht, damit die Rechtslage dem naturwissenschaftlich-technischen Fortschritt folgen kann. Der beste Beleg dafür ist die Heftigkeit der geführten politischen Auseinandersetzung um diese Verteilung wirtschaftlicher Mittel in der Öffentlichkeit.

3. Anforderungen an die Normdichte

Die Frage nach der angemessenen Normdichte bezieht sich auf den Gehalt der gesetzlichen Grundlage: Sie kann sachhaltig und bestimmt oder allgemein und 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 sollte. 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 Gesetzesanwendung 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 werden¹⁹.

Die Sensibilität und Wichtigkeit der durch die Entbündelung aufgeworfenen Frage zeigte sich darin, dass die Ankündigung von Bundesrat Moritz Leuenberger, es werde eine neue gesetzliche Regelung der Interkonnektion geprüft, einen Kurseinbruch der Swisscom-Aktien von 8% bewirkte²⁰. Wenn allein schon eine derartige Mitteilung einen so grossen Einfluss hat, dann ist leicht vorstellbar, dass die Entbündelung des Anschlussnetzes durch einen Entscheid der rechtsanwendenden ComCom erst recht Auswirkungen zeitigt. Die offenbar grosse wirtschaftliche Tragweite eines solchen Entscheids liegt auf der Hand; es geht um nichts anderes, als eine Verteilung des Ertrags aus der Swisscom-Infrastruktur an Mitbewerberinnen. Die Frage des Umfangs und der Bedingungen der Entbündelungspflicht erfordert daher eine möglichst bestimmte und sachhaltige Regelung im formellen Gesetz.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf das Gebot nach Bestimmtheit rechtlicher Normen nicht in absoluter Weise verstanden werden. Danach könne der Gesetz- und Verordnungsgeber 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

¹⁹ Zum Ganzen BGE 109 Ia 283 f.

²⁰ NZZ vom 27.04.2002, Ausgewählte Börsenkurse im Wochenvergleich.

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 kompensieren²¹. Bei der Entbündelung kommen relativ wenige Mitbewerber in Frage, welche berechtigt werden, das Netz der Swisscom ausschliesslich zu nutzen. Es besteht also gerade keine Vielfalt von zu ordnenden Sachverhalten; die Sachverhalte lassen sich an einer Hand abzählen. Daher kann es der Gesetzgeber selbst exakt bestimmen, ob und welche Entbündelungsform(en) unter welchen Bedingungen gewährt werden. Auch von daher besteht kein spezifischer Bedarf an einer Verwendung von abstrakten Begriffen.

IV. Grundrechtsträgerschaft der Swisscom AG

1. Rechtsgrundlagen der Swisscom AG

Die Grundrechte sind in 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 berufen²². Auch die rechtlich und organisatorisch verselbständigten Teile der Staatsorganisation, etwa die Anstalten, können keine Grundrechte für sich beanspruchen. Der staatliche Gesetzgeber kann daher grundsätzlich ohne Bindung an die Grundrechte über diese verselbständigten Organisationen verfügen, soweit die Verfassung nicht *institutionelle Garantien enthält*.

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

"Die Kommunikationskommission übersieht (...), dass es sich bei der Interkonnektionspflicht um einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der davon berührten Fernmeldediensteanbieter 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 293 E. 4f S. 307 f.), überhaupt auf die Grundrechte, namentlich die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV und die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV, berufen kann (vgl. BGE 127 II 8 E. 4c S. 17). Die Interkonnektionspflicht bedarf so oder so einer genügenden gesetzlichen Grundlage, die so bestimmt zu sein hat, dass sie den Fernmeldediensteanbietern ermöglicht, verlässlich festzustellen, welche Dienste zu Interkonnektionsbedingungen zu erbringen sind."

²¹ BGE 109 Ia 284.

²² HANGARTNER YVO, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 111 ff., insb. S. 111.

Das Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30.6.1997 (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). Er hält zur Zeit 62,73 % des Aktienkapitals; es ist geplant, diesen Anteil um 12,7 % bis auf das nach Art. 6 Abs. 1 TUG erforderliche Minimum von 50% + 1 Aktie zu reduzieren²³. Nach den Vorschriften des TUG handelt es sich bei der Swisscom AG um eine weitestgehend dem Aktienrecht des Art. 620 ff. OR angeglicheene Kapitalgesellschaft. Es stellt sich nun die Frage, ob und inwiefern sich die Swisscom AG (und ihre Mitkonkurrentinnen) im Fernmeldemarkt auf die Grundrechte berufen können.

Im Falle der Swisscom besteht allerdings die Besonderheit, dass es sich um eine gemischt-wirtschaftliche Aktiengesellschaft²⁴ handelt, d.h. zu einem erheblichen Teil sind private Investoren am Aktienkapital beteiligt. Das verbietet es dem Bund von vornherein, über die Swisscom AG so zu verfügen wie über eine Anstalt, die vollständig im Eigentum des Staates ist.

Der Börsengang und die damit verbundene Beteiligung Privater erfolgte in dem mit dem FMG 1997 geschaffenen regulatorischen Umfeld. Das in dessen Fortbestehen gesetzte Vertrauen kann, wenn überhaupt, nur durch ein formelles Gesetz „enttäuscht“ werden.

2. Grundrechtsträgerschaft der Fernmeldediensteanbieterinnen

POLEDNA²⁵ führt im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Fernmeldemonopol des Art. 92 Abs. 1 BV („Das Fernmeldewesen ist Sache des Bundes“) aus:

„Das FMG beruht auf einem Bundesmonopol, das jedoch nur sehr beschränkt vom Bund wahrgenommen wird. Das FMG hat ein Konzessionssystem eingerichtet, das die Wirtschaftsfreiheit nur zum Teil zulässt, und zwar nur in dem Umfang, wie keine Regelung des wirtschaftlichen Verhaltens im Gesetz erfolgt. Der Fernmeldekonzessionär kann sich im regulierten Bereich von vornherein nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Somit muss – entgegen Bundesgericht – gar nicht geprüft werden, ob sich die Swisscom als vom Bund beherrschtes Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann, da die Interkonnektionsregelung gar nicht unter den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fällt.“

Dazu ist zunächst festzustellen, dass die von POLEDNA angeführten Referenzen nicht zutreffen; keiner der von ihm zitierten Autoren oder Quellen besagen auf der aufgeführten Seite, dass im Bereiche eines möglichen Staatsmonopols oder im Bereiche des Fernmeldewesens die Grund-

²³ Vgl. die Pressemitteilung vom 22.5.2002 über die Reduktion der Bundesbeteiligung an der Swisscom AG auf das gesetzliche Minimum.

²⁴ Vgl. Commcare-Urteil (Anm. 1), E. 7a.

²⁵ Vgl. Anm. 40, S. 334.

rechte und insbesondere die Wirtschaftsfreiheit nicht gelten. Die Aussage von POLEDNA würde sich auch zu Lasten der alternativen konzessionierten Anbieterinnen auswirken. Es wäre schlicht unerträglich, diesen Anbieterinnen wegen der von Art. 92 Abs. 1 BV vorgesehenen Möglichkeit eines Staatsmonopols, die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit zu verweigern. Die Auffassung von POLEDNA steht in diametralem Gegensatz zu Lehre und Bundesgerichtspraxis.

Die Grundrechte gelten dann nicht, soweit eine Person "in Ausübung hoheitlicher Gewalt, das heisst in unmittelbarer Erfüllung [ihrer] spezifischen öffentlichen Aufgaben"²⁶ handelt. Man könnte nun die Möglichkeit des Monopols von Art. 92 Abs. 1 BV und den Verfassungsauftrag der Grundversorgung von Abs. 2 dieser Bestimmung 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 Tätigkeitsbereichs²⁷. Betrachtet man freilich die Regelungen des Fernmelderechts, so stellt es sich heraus, dass die Grundversorgungskonzession gar keine Konzession (d.h. eine Übertragung 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 Fernmeldedienste-Verordnung verdeutlicht diese Tatsache: Im 2. Kapitel über die Grundversorgung werden zunächst die Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin umschrieben²⁸. Sodann werden die Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin und der übrigen Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung festgelegt²⁹. 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 reine 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 mehr, das auf Private übertragen wird.

Für die Frage der Grundrechtsträgerschaft der Swisscom AG 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 un-

²⁶ HANGARTNER YVO, Staatsrecht II: Grundrechte, Zürich 1982, S. 42.

²⁷ Vgl. WALTER HÄFELIN / GEORG MÜLLER, Grundzüge des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auf., Zürich 1998, N. 2013.

²⁸ Vgl. 2. Kapitel, 2. Abschnitt, Art. 19 ff. FDV.

²⁹ Vgl. 2. Kapitel, 2. Abschnitt, Art. 28 ff. FDV.

ternimmt es "etwas, was jeder Private auch tun kann"³⁰. 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 (z.B. Baubewilligung) an, die bei erfüllten Voraussetzungen zu erteilen ist. Es wäre sachgerechter, das Konzessionssystem des FMG durch ein Bewilligungssystem zu ersetzen, soweit Rechtsansprüche bestehen. 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 AG, 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 unverständlich, wenn ihr in diesen Belangen die allgemeinen verfassungsmässigen Rechte verweigert würden³¹.

Man könnte sagen, die Aktienbeteiligung des Bundes repräsentiert seinen Willen, die Grundversorgung sicherzustellen. Die gut ausgebaute Leitungsinfrastruktur erlaubt es der Swisscom AG, die Auflage der Grundversorgung zu übernehmen ohne Investitionsbeiträge nach Art. 19 FMG zu beanspruchen. Es ist klar, dass die Entbündelungspflicht dieses Gleichgewicht stören würde und als Folge wohl auf Dauer die entsprechenden Investitionsbeiträge nach Art. 19 FMG nach sich ziehen könnte. Im Bereich der Grundversorgung wird mit oder ohne Beiträge nach Art. 19 FMG die von Art. 92 Abs. 2 BV angekündigte öffentliche Aufgabe erfüllt, indem Anbieterinnen von Diensten bestimmte Pflichten auferlegt werden. Das ändert aber – wie bei jeder Polizeibewilligung mit Auflagen – nichts daran, dass sich die Swisscom AG (oder eine allfällige andere Anbieterin dieser Dienste) auf alle Grundrechte und die Wirtschaftsfreiheit berufen kann. Selbstverständlich kann sich die betroffene Anbieterin nicht gegen die Auflage der Grundversorgung als solche wehren; sie ist klar gesetzlich vorgesehen und schränkt damit die Grundrechte entsprechend ein; setzt sie aber nicht ausser Kraft. Es gibt keinerlei Grund, der Swisscom AG die Berufung auf die Grundrechte zu versagen, da die Fernmeldedienste in den Formen des Privatrechts und in Konkurrenz zu anderen Anbieterinnen angeboten werden. Art. 18 TUG unterwirft alle Rechtsbeziehungen zwischen der Swisscom AG und ihren Kunden dem Privatrecht. Auch das gesamte Personal ist privatrechtlich angestellt (Art. 25 TUG). Die Botschaft führt dazu aus³²:

"Die Telekommunikationsunternehmung handelt nicht hoheitlich, sondern auf gleicher Ebene wie jene natürlichen und juristischen Personen, mit denen sie in Verbindung tritt. Die Telekommunikationsunternehmung ist daher ihrem Handeln und Auftreten nach als Zivilrechtssubjekt zu beurteilen".

Die Swisscom AG 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.*

³⁰ HANGARTNER (Anm. 26), S. 43.

³¹ Vgl. HANGARTNER (Anm. 26), S. 43.

³² Botschaft zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1306 (Sonderdruck mit sep. Paginierung), S. 37.

V. Rechtliche Würdigung

1. Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips

In einem Markt mit mehreren Fernmeldedienstanbieterinnen ist das „Zusammenschalten“ oder das „Miteinander verbinden“ von Fernmeldenetzen und –diensten notwendig. Diese Notwendigkeit wird noch gesteigert, wenn in diesem Markt eine Anbieterin eine hervorragende Stellung besitzt. Die Endkunden müssen durch die verschiedenen Netze hindurch miteinander kommunizieren können. An exakt dieser Aufgabe orientiert sich die Legaldefinition des Art. 3 FMG:

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 ermöglicht; (...)

Art. 11 FMG schreibt die Interkonnektion vor, also die "Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht". Art. 11 Abs. 1 ist für die vorliegende Frage entscheidend. Diese Interkonnektionsvorschrift ist in einem Markt mit mehreren Anbietern folgerichtig. Freilich kann dieses „Verbinden“ viel und ganz Unterschiedliches bedeuten. Das Gesetz bestimmt jedenfalls:

Art. 11 Interkonnektion

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

2...

³ Kommt innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande, so verfügt die Kommission auf Antrag des Bundesamtes die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen. Auf Gesuch einer Partei kann die Kommission einstweiligen Rechtsschutz gewähren. (...)

Die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10.6.1996 bestätigt, dass Art. 11 Abs. 1 FMG die marktbeherrschenden Anbieterinnen zur Interkonnektion verpflichtet³³. Alsdann hält die Botschaft fest:

"Die Interkonnektion zwischen Fernmeldediensten ist für die Sicherstellung der Kommunikationsfähigkeit und den Zugang zu Dienstleistungen Dritter über verschiedene Diensteanbieterinnen hinweg absolut entscheidend (Zusammenschalten der Anlagen und Interoperabilität der Dienste). Auf diese Weise kann sich ein funktionierender Wettbewerb überhaupt erst einstellen und können

³³ BBl 1996 III 1427 zu Art. 10 des Entwurfs (entspricht Art. 11 FMG).

alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Fernmeldeverkehr miteinander kommunizieren. Sämtliche ausländischen Erfahrungen mit der Liberalisierung von Diensten und Infrastruktur haben gezeigt, dass dies ohne die Möglichkeit, einen neuen Dienst auf bereits bestehender Infrastruktur anbieten oder einen neuen Dienst mit einem gleichartigen bestehenden Dienst verbinden zu können, nicht gewährleistet ist. Eine sektorspezifische Regelung ist deshalb notwendig. Die vorgeschlagene Lösung geht davon aus, dass in einem funktionierenden Markt die Anbieterinnen aus eigenem Interesse Interkonkktionsvereinbarungen abschliessen. Gerade Markteinsteigerinnen werden weitestgehende Interkonkktion mit anderen Anbieterinnen anstreben, um eine optimale Verbreitung ihrer Dienstleistungen zu garantieren. Weniger ausgeprägt ist dieses Interesse für bereits vorhandene marktbeherrschende Anbieterinnen. Deshalb werden sie zur Interkonkktion verpflichtet. Zur Beurteilung der Marktbeherrschung im relevanten Marktsegment konsultiert die Konzessionsbehörde die Wettbewerbskommission. Damit soll sichergestellt werden, dass die Anwendung dieser Bestimmung im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt und nicht unterschiedliche Behörden eine unterschiedliche Praxis für gleiche Tatbestände entwickeln.“³⁴

Die Botschaft könnte kaum deutlicher zum Ausdruck bringen, dass mit der Interkonkktion, wie es schon die lateinische und englische Wurzel des Begriffs besagt, die Zusammenschaltung der Anlagen und die Interoperabilität der Dienste erfasst wird. Aus dem Begriff der Interkonkktion gemäss Art. 3 FMG ergibt sich deutlich, dass der ausschliessliche Gebrauch physischer Übertragungsmedien ohne Inanspruchnahme eines Dienstes selbst dann keinen Interkonkktionsfall bildet, wenn die Übertragungsmedien mit dem Netz der neuen Anbieterinnen verbunden sind³⁵. Diese Sachlage besteht beim Full Access und ändert sich beim Line Sharing und beim Bitstream Access, wo der schmalbandige Bereich bei der Swisscom AG zur Nutzung verbleibt, nicht wesentlich. Zwar scheint in diesen beiden Fällen rechtlich gesehen eine etwas mildere Form der Entbündelung vorzuliegen; freilich bleibt zu beachten, dass der lukrative Breitbandbereich auch hier der Swisscom AG entzogen wird, indem diese das Breitbandspektrum des betreffenden Übertragungsmediums den Dritten zur ausschliesslichen Nutzung überlassen muss. Ob die Technologie von der Mitbewerberin (Line Sharing) oder von der Swisscom AG (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, wenn die Swisscom AG nicht nur den Hochfrequenzbereich eines Mediums zur Verfügung stellen, sondern auch noch die technische Infrastruktur vorfinanzieren und zur Zwangsvermietung bereitstellen muss. Es ist hier wesentlich, dass diese Infrastruktur erst dann an die Dritten zwangsvermietet werden kann, wenn die Swisscom AG sie auch schafft. Die so entstandene Interkonkktionspflicht bedeutet nichts anderes als dass die Swisscom AG die Infrastrukturkapazitäten zu erhöhen hat und sogar neue schaffen muss³⁶. Deren Benutzung wird durch behördlich festgesetzte Preis abgegolten. Die Erweiterung der Interkonkktion auf die Übertragungsmedien bedingt nach dem Bundesgericht eine Abwägung der verschiedenen möglichen Auswirkungen. Obwohl es dazu keine weiteren Ausführungen macht, deutet es zwischen den Zeilen an, dass diese Abwägung durch den Gesetzgeber vorgenommen werden muss und dass es „die Rolle des Politik-Ersatzes“³⁷ nicht zu spielen gedenke. Es ist Sache des

³⁴ BBl 1996 III 1427. Ferner S. 1418.

³⁵ So auch das Bundesgericht im Commcare-Urteil (Anm. 1), E. 5c.

³⁶ So auch das Bundesgericht im Commcare-Urteil (Anm. 1), E. 6b.

³⁷ RUCH ALEXANDER, Bemerkungen zum Commcare-Urteil, ZBl 2002, 262 f., Ziff. 2.

Gesetzgebers, die Auswirkungen auf den Markt, auf die bestehende Infrastruktur der Swisscom AG und das Entstehen neuer Angebote abzuwägen. Das Bundesgericht ist mit Sicherheit nicht diejenige Instanz, die dafür geeignet ist³⁸. Das Gesetzmässigkeitsprinzip verlangt nach einer ausdrücklichen Aufnahme der Entbündelungspflicht in das Fernmeldegesetz, die im geltenden Recht nicht statuiert ist: Art. 3 lit. e und Art. 11 FMG enthalten nicht einmal den Grundsatz der Entbündelung des Anschlussnetzes, geschweige denn die Grundzüge der Entbündelungspflicht. Die „Liberalisierung“ und „Privatisierung“ in Form einer Entbündelungspflicht muss politisch diskutiert und demokratisch beschlossen werden. Die Umgehung des politischen Prozesses durch eine teleologische Auslegung³⁹ des Art. 11 FMG ist verfassungsrechtlich unzulässig.

Somit wird die Zwangsvermietung der Übertragungsmedien an interessierte Dritte, also die Aufteilung der „Wertschöpfungsstufen“⁴⁰ von der Interkonnektionspflicht des Art. 11 FMG nicht erfasst. Die Interkonnektion im Sinne einer Zwangsvermietung von Übertragungsmedien wirkt sich für die Swisscom AG einschneidend aus⁴¹. Im Ergebnis wird damit der Ertrag aus der bestehenden Netzinfrastruktur nicht mehr allein der Swisscom AG als Eigentümerin, sondern Dritten zugewiesen. Es liegt auf der Hand, dass damit das Eigentum der Swisscom-Aktionäre unfreiwillig an die alternativen Anbieterinnen zur Nutzung überlassen wird. Eine solche „Privatisierung“ ist aber nur rechtmässig, wenn sie durch ein formelles Gesetz unter Regelung der entsprechenden Rechte und Pflichten der Beteiligten eindeutig und klar angeordnet wird. Die Entstehung dieser Vorschrift zeigt, dass der Gesetzgeber diese Absicht nicht hatte und sie auch nicht kund tat.

In der parlamentarischen Diskussion zu Art. 11 FMG war nie von einer Entbündelungspflicht im Sinne einer Zwangsvermietung der Übertragungsmedien die Rede⁴². Anlässlich des Erlasses von Art. 11 FMG ist diese Diskussion im Parlament und auch in der Öffentlichkeit nie geführt worden. Art. 11 wurde als eine technische Vorschrift verstanden, welche die Kommunikationsfähigkeit aller Endkunden sicherstellen soll; deshalb löste sie im Parlament auch keine Diskussion aus. Hätte man Art. 11 FMG als Wertschöpfungsaufteilungs-Artikel verstanden, so wäre eine Diskussion im Parlament unvermeidlich gewesen, so wie im Parlament etwa das ähnlich wirkende Elektrizitätsmarktgesetz vom 15.12.2000 (EMG)⁴³ kontrovers diskutiert worden ist. Schliesslich haben die im Parlament unterlegenen EMG-Gegner dagegen das Re-

³⁸ Die beiden Befürworter der Entbündelung des Anschlussnetzes aufgrund des geltenden Art. 11 FMG, PIERRE-YVES GUNTER und MAYA HERTIG beklagen in ihrer Kommentierung des Commcare-Urteils, *Medialex* 2002, 40-42, insb. S. 42 denn auch den mangelnden Mut der politischen und gerichtlichen Behörden. Wenn das Bundesgericht für die Bejahung der Entbündelung „courage“ benötigt, so kann mit der sie angeblich tragenden Gesetzesgrundlage des Art. 11 FMG etwas nicht stimmen. Ist Art. 11 FMG so klar, wie die Rechtsvertreter der Drittanbieterinnen betonen, so braucht es doch keinen Mut, diese klare Gesetzesnorm anzuwenden. Der Sprachgebrauch zeigt schon offensichtlich, dass die Entbündelung von der Bundesversammlung politisch nicht gedeckt ist; d.h. sie bedarf des „Mutes“.

³⁹ Alle Kritiker des Commcare-Urteils stützen sich vor allem auf das Ziel der „Liberalisierung“, welches die Auslegung des Fernmeldegesetzes anzuleiten habe, ab: vgl. GUNTER/HERTIG (Anm. 38), S. 41; POLEDNA (Anm. 40), S. 336; WEBER (Anm. 49), 30. RUCH (Anm. 37), S. 262 f. hält sich mit Kritik überhaupt zurück und bemüht insbesondere nicht die teleologische Auslegung.

⁴⁰ Vgl. POLEDNA THOMAS, *Unbundling – Stolpersteine auf der „letzten Meile“*, *AJP* 2002 328 ff. S. 333.

⁴¹ Vgl. oben Abschnitt II.

⁴² Vgl. *Amtl Bull N* 1996 2303 f und S 1997 69 ff.

⁴³ Vgl. *BB1* 1999 6189 ff.

ferendum ergriffen, über das am 22.9.2002 abgestimmt werden wird. Zudem wären auch Alternativen zur Zwangsvermietung von Übertragungsmedien vorgestellt worden, z.B. der einfachere Verkauf des Anschlussnetzes der Swisscom AG zu Marktpreisen an sonstige Anbieterinnen. Aus der Sicht der potentiellen Mitnutzer der Swisscom-Infrastruktur ist es taktisch verständlich, dass die politische Diskussion über die Verteilung des Ertrages aus dieser Infrastruktur „übersprungen“ werden soll. Einem solchen Vorgehen steht das Gesetzmässigkeitsprinzip entgegen, welches sicherstellt, dass die grundlegenden Entscheide des Gemeinwesens im Parlament diskutiert werden. Die Entscheide des Parlamentes ergehen dann u.a. in Form der Gesetze, welche die Grundlage für allfällige Vollzugshandlungen abgeben.

Gemäss Art. 11 FMG soll auch dem Bundesrat *kein* eigener Gestaltungsspielraum im Bereich der Interkonnektion – und zwar auch nicht in Richtung einer Entbündelungspflicht – zukommen: Im Gesetzesentwurf hatte es lediglich geheissen, der Bundesrat "verdeutlicht die Interkonnektionsgrundsätze"⁴⁴. In diesem Sinne war es folgerichtig, dass die Botschaft zum FMG unter Ziff. 62 bei der Liste von Gesetzesdelegationen, die über die normale Vollzugskompetenz hinausgehen, die *Materie der Interkonnektion nicht aufführte*⁴⁵. Die heutige Formulierung, die auf Antrag der nationalrätlichen Kommission in den Gesetzestext eingefügt wurde, ("Der Bundesrat legt die Grundsätze der Interkonnektion fest") war lediglich eine redaktionelle Neuformulierung und wurde in den Beratungen nicht als Änderung ausgewiesen⁴⁶.

Für die Annahme einer Entbündelungspflicht – ob in der Form der physischen Abtretung von Leitungen („Full Access“) oder der Zurverfügungstellung von bestimmten Frequenzbereichen des Übertragungsmediums („Line Sharing“ und „Bitstream Access“) – sind die Regelungen des Fernmeldegesetzes verfassungsrechtlich ungenügend. Der Bundesrat hat denn auch 1997 auf eine Regelung der Entbündelungspflicht im Anschlussnetz in der FDV verzichtet und diesen Verzicht in einem Schreiben vom 22. Oktober 1997 dem damaligen PTT-Verwaltungsrat ausdrücklich bestätigt⁴⁷. Auf diesen Entscheid ist er trotz der intensiven politischen Diskussion der Frage der Entbündelung des Anschlussnetzes der Swisscom AG anlässlich der FDV-Revision vom 5. April 2000 nicht zurückgekommen. Die FDV enthält deshalb weiterhin keine Entbündelungspflicht⁴⁸; es liegt diesbezüglich vielmehr ein qualifiziertes Schweigen des Verordnungsgebers vor. Am 31.10.2001 beschloss der Bundesrat eine bloss formale Totalrevision der Fernmeldeverordnung; der massgebliche Art. 32 aFDV wurde aber in den Art. 43 FDV unverändert übernommen.

Der Bundesrat hat in der Antwort vom 31.5.2000 auf die Interpellation Ehrler (00.3139), welche die Entbündelung im Anschlussnetz forderte, hervorgehoben, dass er auf spezifische Verordnungsregelungen verzichtet habe, um die rasante Entwicklung nicht zu behindern. Ein allfälliger Rechtsetzungsbedarf würde sich im Rahmen eines Verfahrens vor der ComCom erweisen, und der Bundesrat sei dann bereit, Anpassungen auf Verordnungsebene vorzunehmen⁴⁹.

⁴⁴ BBl 1996 III 1490.

⁴⁵ BBl 1996 III 1474 f.

⁴⁶ Vgl. Amtl Bull N 1996, 2303 f; S 1997 69 ff.

⁴⁷ So führt auch das Bundesgericht im Commcare-Urteil zu Recht dieses Argument an, vgl. (Anm. 1), E. 8c.

⁴⁸ Vgl. WEBER ROLF, Entbündelung im Fernmeldemarkt, in: sic! 2000, S. 338-340, insb. S. 340.

⁴⁹ WEBER ROLF, Anmerkung zum Commcare-Urteil, sic! 2002, 30-33, insb. S. 32 hält diese Antwort des Bundesrates für eine „authentische Auslegung“ des Fernmeldegesetzes, an welcher sich das Bundesgericht hätte ori-

Am 14.12.2000 hatte es der Nationalrat abgelehnt, einer parlamentarischen Initiative Theiler zur Entbündelung der „letzten Meile“ Folge zu geben. Es wurde von den Gegnern u.a. geltend gemacht, dem Bundesgericht sei bei seiner Urteilsfindung in den hängigen Fällen nicht vorzugreifen (Amtl Bull 2000 N 1586 ff).

In der Zwischenzeit hat das Bundesgericht im Commcare-Urteil in E. 11a festgehalten:

„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 Interkonnektionspflicht bisher nicht erfassten Mietleitungen und allenfalls Übertragungsmedien neu dem Interkonnektionsregime zu unterstellen“.

Angesichts der Entwicklung von 1997 bis heute ist deutlich, *dass zwingend eine Gesetzesrevision für die Einführung aller drei Formen der Entbündelung erforderlich ist*. Selbstverständlich zieht dies eine Anpassung des Verordnungsrechts nach sich; das „und“ sowie „bzw.“ des Commcare-Urteils muss kumulativ interpretiert werden und nicht alternativ. In diesem Sinne mutet es eigenartig an, wenn in der Medienmitteilung vom 24. April 2002 das „und“ als ein „oder“ wiedergegeben wird⁵⁰. Die Formulierung des Bundesgerichts darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass eine bloss e Änderung der Verordnung genügen würde. Sollte die Entbündelungspflicht bloss auf Verordnungsstufe vorgeschrieben werden, dürfte eine darauf gestützte Verfügung der ComCom vor dem Gesetzmässigkeitsprinzip nicht standhalten.

Im übrigen zeigt der Rechtsvergleich mit den Entbündelungsregelungen in der EU und ihren Mitgliedstaaten, dass eine spezifische und detaillierte Entbündelungsregelung als erforderlich erachtet und im ordentlichen Gesetzgebungsprozess erlassen wurde⁵¹.

2. Anforderungen an das Grundrechte einschränkende Gesetz

Die Grundrechte stehen allen Anbieterinnen von Fernmeldediensten und damit auch der Swisscom AG zu⁵². Die Verweigerung der Grundrechte und vor allem der Eigentumsgarantie

entieren können. Diese Bemerkung offenbart die Exekutivlastigkeit seiner Argumentation und damit verbunden seine Missachtung des Gesetzmässigkeitsprinzips: Von der authentischen Auslegung spricht man nur dann, wenn der Rechtsetzer selbst seine Normen in einem Akt der Rechtsetzung auslegt: Setzer des FMG ist nun aber nicht der Bundesrat, sondern die Bundesversammlung. Im Bund gibt es keine authentische Gesetzesinterpretation, dieses Instrument der Rechtsetzung ist am Verschwinden, vgl. dazu YVO HANGARTNER / ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 670 f. Der Begriff der authentischen Interpretation stimmt hier nicht einmal in einem übertragenen Sinn.

⁵⁰ Vgl. Anm. 3 und das dort wiedergegebene Zitat.

⁵¹ Vgl. Verordnung EG Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, L 336/4 vom 20.12.2000, sowie §§ 33 und 35 TKG (Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996, BGBl I 1996, S. 1120).

⁵² Vgl. Abschnitt IV.

widersprüche den Absichten des Gesetzgebers, im Fernmeldebereich einen Markt von gleichberechtigten Anbietern zu schaffen. Der Bundesgesetzgeber wollte im Zuge der marktwirtschaftlichen Erneuerung der Swisscom AG den entsprechenden Handlungsspielraum für deren Marktaufreten verschaffen⁵³. Die Swisscom AG 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 AG. Im folgenden sind die Auswirkungen auf diese beiden Grundrechte hinsichtlich ihrer Qualität zu prüfen.

(1) Beim Full Access verliert die Swisscom AG in wirtschaftlicher Hinsicht – bis auf das behördlich festgesetzte Entgelt für die Zwangsvermietung – jeglichen Ertrag aus der Nutzung des Eigentums an Übertragungsmedien und sie kann darüber auch nicht mehr verfügen. Es handelt sich 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“⁵⁴.

Im Hinblick auf die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV sind die Auswirkungen entsprechend: Der Full Access beraubt die Swisscom AG schlicht der von ihr bestimmbaren wirtschaftlichen Nutzung der Übertragungsmedien: Der von Art. 27 BV garantierte freie Einsatz der sachlichen Mittel⁵⁵ ist nicht mehr gewährleistet. Es liegt ein schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV vor. Der Full Access ist deshalb als materielle Enteignung zu Gunsten Privater zu qualifizieren.

(2) Das Line Sharing ist eine Massnahme, die nur bei oberflächlicher Betrachtung milder wirkt als der Full Access, da es der Swisscom AG den schmalbandigen Telefoniedienst belässt und ihr „nur“ die Breitbanddienste entzieht. Angesichts der immer wichtiger werdenden Breitbanddienste 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 AG werden zwangsweise entzogen; ihr verbleibt die wenig attraktive Telefonie. Die Swisscom AG kann ihr Sachkapital nicht mehr so nutzen, wie sie es für wirtschaftlich ansieht; sie verliert die wichtigste Nutzungsart ihrer Leitungen. Deshalb dürfte die Feststellung kaum schlüssig sein, dass es sich beim Line Sharing um eine milde Form der Entbündelung handle, die nur einen leichten Eingriff in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit bedeute.

(3) Aus der Sicht der neuen Anbieterinnen kommt ihnen gerade der Bitstream Access ausserordentlich weit entgegen. Sie können – da auch die technische Infrastruktur von der Swisscom AG geschaffen wird - ohne grossen Kapitalbedarf und ohne eigenes Infrastrukturrisiko tätig werden, wenn immer die behördlichen Preise im Verhältnis zu den Endkundenpreise eine genügende Marge erlauben. Man kann deshalb sagen, dass hier eine qualifizierte Aufteilung der

⁵³ Vgl. im einzelnen Botschaft TUG (Anm. 32), S. 9 f.

⁵⁴ SIDLER OLIVER, Anmerkung der Verfügung der Kommunikationskommission vom 30.1.2002, Medialex 2002, 50.

⁵⁵ Vgl. z.B. 63 I 213 ff.

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 Eigentumsгарantie, sondern gleichermassen gravierend in die Wirtschaftsfreiheit ein, da er direkt das Investitionsverhalten der verpflichteten Unternehmung bestimmt. Er muss sich deshalb an der Eigentumsгарantie 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 den Entbündelung betroffen wäre vor allem die Swisscom AG (es wäre nachgerade ein "Sonderopfer"). Man kann den Full Access aber auch die Verpflichtung der Zurverfügungstellung von Frequenzbereichen (Line Sharing, Bitstream Access) als Einschränkung des bisherigen Gebrauchs des Übertragungsmediums begreifen, die eine aus dem Eigentum fliessende wesentliche Befugnis entzieht⁵⁶. Das behördlich festgelegte Entgelt für die Zwangsabtretung von Leitungskapazitäten der Anschlussleitungen muss daher auf jeden Fall die Wertgarantie des Abs. 2 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 und die langfristige Verzinsung des investierten Kapitals einschliesslich einen Gewinnanteil 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 abgegolten⁵⁷. Der 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 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.

In diesem Gutachten nicht zu klären ist die Frage, ob im Falle einer gesetzlichen Einführung der Entbündelung die Eigentumsгарantie den privaten Swisscom-Aktionären einen Ausgleich für den eintretenden Wertverlust ihrer Aktien bietet. Der Bund kann wohl für seine eigenen Kapitalanteile, aber nicht für die Anteile der privaten Aktionäre der Swisscom AG eine (materielle) Enteignung anordnen, ohne die Wertgarantie des Art. 26 Abs. 2 BV zu beachten. Freilich bedürfen die wirtschaftlichen Auswirkungen der Entbündelung sowie ein entsprechender konkreter Gesetzesvorschlag einer vertieften Abklärung. Das aufgeworfene Problem der Entschädigung der privaten Aktieneigentümer von Swisscom AG zeigt aber in aller Deutlichkeit,

⁵⁶ Vgl. z.B. BGE 119 Ib 128.

⁵⁷ Vgl. Abschnitt II.5.

dass die Entbündelung mit ihren vielfältigen Auswirkungen vom Gesetzgeber angeordnet werden muss, da auch Fragen des Staatshaushaltes eine erhebliche Rolle spielen.

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 gesetzlichen 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. Daher scheidet für die Entbündelung des Anschlussnetzes, in welcher Form auch immer, eine blosser Verordnungsrevision aus. Der Bund müsste das Gesetz ändern, und die Verteilung der Wertschöpfung, die zu Lasten des Kapitals und der Infrastruktur der Swisscom AG erfolgt, auf Dritte gesetzlich vorsehen. Je nach Schwere der Auswirkung der Entbündelungspflicht und ihrer Modalitäten auf den Wert und damit den Aktienkurs der Unternehmung, kommt sogar eine Entschädigung der privaten Aktieneigentümer von Swisscom in Frage.

Die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit unterstreichen damit das schon allein durch das Gesetzmässigkeitsprinzip gefundene Ergebnis: Die Entbündelungspflicht kann nur formell-gesetzlich eingeführt werden. Das zeigt auch ein weiterer Aspekt: Der Sache nach bestehen (wenn man so will) Grundrechtskollisionen zwischen der Swisscom AG und der Drittanbieterinnen, die durch das formelle Gesetz abgewogen werden müssen. Das gemäss Art. 36 Abs. 2 BV erwähnte Motiv der Schutzes der Rechte Dritter beinhaltet nichts anderes als die Regelung der Rechte und Pflichten der verschiedenen Grundrechtsträger gemäss Art. 164 Abs. 1 c BV.

VI. Fazit

1. Alle drei Entbündelungsformen hätten tiefgreifende wirtschaftliche Auswirkungen auf die Swisscom AG.
2. Vorschriften über die Entbündelungspflicht wären wichtige rechtsetzende Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV, die nur vom Gesetzgeber angeordnet werden könnten. Im heutigen FMG fehlen entsprechende Bestimmungen. Dem Verordnungsgeber ist es mangels entsprechender Delegationsnormen verwehrt, eine Entbündelungspflicht selber anzuordnen.
3. Die Entbündelungspflicht würde in allen drei Formen gravierende Eingriffe in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der Swisscom AG bewirken. Sie könnte aufgrund von Art. 36 Abs. 1 und 164 Abs. 1 lit. b BV nur angeordnet werden, wenn sie „im Gesetz selbst vorgesehen“ wäre. Die dadurch bewirkte materielle Enteignung wäre, soweit die privaten Swisscom-Aktionäre eine erhebliche Einbusse erleiden würden, voll zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 BV).
4. Eine von der ComCom gestützt auf eine blosser Verordnungsbestimmung angeordnete Entbündelungspflicht hätte vor dem Gesetzmässigkeitsprinzip keinen Bestand.

Bern, den 11. Juni 2002

Prof. Dr. Andreas Kley