

# **VERNEHMLASSUNG ZU DEN ENTWÜRFEN FMG UND FDV**

SWISSCABLE  
VERBAND FÜR KOMMUNIKATIONSNETZE  
ASSOCIATION DE RESEAUX DE COMMUNICATION

KRAMGASSE 5  
POSTFACH 515  
1.1.1 CH-3011 BERN

TEL. ++41 (0)31 328 27 28  
FAX ++41 (0)31 328 27 38  
E-MAIL: [INFO@SWISSCABLE.CH](mailto:INFO@SWISSCABLE.CH)

[WWW.SWISSCABLE.CH](http://WWW.SWISSCABLE.CH)

# Inhaltsverzeichnis

<b>TEIL 1 EINLEITENDE AUSFÜHRUNGEN</b>	<b>2</b>
<b>TEIL 2 ANTRÄGE UND KURZBEGRÜNDUNG</b>	<b>3</b>
<b>TEIL 3 ERLÄUTERENDE AUSFÜHRUNGEN</b>	<b>5</b>
<b>1 ANTRAG 1 - KOORDINATION DER REVISIONEN RTVG, FMG/FDV</b>	<b>6</b>
1.1 AUSGANGSLAGE - "DOPPELREGIME" FÜR KABELNETZBETREIBER	6
1.2 BEURTEILUNG KOORDINATION E-RTVG/E-FMG, FDV	8
<b>2 ANTRÄGE 2, 3 UND 4 – ENTBÜNDELUNG</b>	<b>9</b>
2.1 AUSGANGSLAGE	9
2.2 UNTERSCHIEDE KABEL- UND TELEFONNETZE	9
2.3 ANWENDUNG DES GLEICHBEHANDLUNGSGEBOTES (BV 8)	11
2.4 IM FDV - ENTWURF VORGESEHENE ARTEN DER ENTBÜNDELUNG	11
2.5 AUSWIRKUNGEN DER ENTBÜNDELUNG FÜR KABELNETZUNTERNEHMEN	12
2.6 HARMONISIERUNG MIT DER EUROPÄISCHEN RECHTSLAGE	13
2.7 KEINE REGELUNG DER ENTBÜNDELUNG AUF VERORDNUNGSSTUFE	13
2.8 ZUM NEUEN BEGRIFF "ZUGANG" (ART. 11 ABS. 1 UND ART 3 FMG)	14
<b>3 ANTRÄGE 5,6 UND 7 - EX-ANTE / STELLUNG DER COMCOM</b>	<b>15</b>
3.1 BISHERIGES SYSTEM	15
3.2 MÄNGEL	15
3.3 ÄNDERUNGSENTWURF FMG	15
3.4 KRITIK UND VORSCHLÄGE	16

# Teil 1 EINLEITENDE AUSFÜHRUNGEN

---

Grundsätzlich unterstützt Swisscable den Ansatz der Entwürfe, die heutigen Gegebenheiten und die zukünftige Entwicklung im dynamischen Telekommunikationsmarkt durch eine Revision des Fernmeldegesetzes und der Fernmeldedienstverordnung zu berücksichtigen. Obwohl die Schweiz nicht in der EU ist, drängt sich in einem Bereich, der an sich schon grenzüberschreitend ist, eine zumindest teilweise Koordination mit der europäischen Gesetzgebung auf. Auch dieses Leitmotiv ist für Swisscable nachvollziehbar, unterstützungswürdig und verständlich.

Es muss jedoch immer beachtet werden, dass durch die Statuierung von rechtlichen Regelungen eine Lösung gefunden wird, die den tatsächlichen Erfordernissen und Gegebenheiten genügend Rechnung trägt. Im vorliegenden Entwurf wurde in verschiedenen Punkten nachvollziehbare Lösungsansätze, beispielsweise der Wechsel von einem Konzessionssystem zu einem Meldesystem, ausgearbeitet. In andern Bereichen wurden jedoch, nach Auffassung von Swisscable zu voreilig, Normen statuiert und vorgeschlagen, deren Konsequenzen für die einzelnen Fernmeldedienstanbieterinnen nicht hinreichend analysiert worden sind. Insbesondere fanden die Unterschiede zwischen Telefon- und Kabelnetz bezüglich der Technologie und die damit zu fordernde, unterschiedliche rechtliche Behandlung in den Entwürfen keinen Niederschlag. Betrachtet man die Revisionsentwürfe als Versuch, auf die unbefriedigende Situation im Telekommunikationsmarkt nach dem Commcare-Swisscom Entscheid effizient und schnell zu reagieren, sind diese Unzulänglichkeiten zum Teil auch verständlich. Will der Gesetzgeber jedoch seiner selbst auferlegten Forderung nach rechtlicher Gleichbehandlung nachkommen, ist eine sachliche Analyse der spezifischen rechtlichen Situation aller durch den Entwurf betroffenen Fernmeldedienstanbieterinnen - insbesondere auch diejenige der Kabelnetzunternehmen - vorzunehmen.

Swisscable, der schweizerische Verband für Kommunikationsnetze, will in der vorliegenden Vernehmlassung auf die Bereiche hinweisen, die seiner Ansicht nach in der Revisionsbestrebungen nicht hinreichend beachtet wurden. Die vorliegenden Ausführungen konzentrieren sich folglich auf diese Bereiche.

In den übrigen Bereichen schliesst sich Swisscable der Vernehmlassung der SICTA an.

Im ersten Teil werden die Anträge von Swisscable aufgeführt und stichwortartig begründet. Im zweiten Teil werden die Anträge detaillierter erläutert.

## Teil 2 ANTRÄGE UND KURZBEGRÜNDUNG

---

### 1. Koordination der Revisionen RTVG, FMG/FDV

*Die Revisionen bezüglich RTVG, FMG/FDV müssen koordiniert werden, um Doppelspurigkeiten respektive Widersprüche zu vermeiden.*

### 2. Ablehnung der Entbündelung im Rahmen der Verordnungsrevision

*Eine Änderung des Systems (ULL) mit Konsequenzen in diesem Ausmass kann nicht auf Verordnungsstufe geregelt werden.*

#### 3.1. Beschränkung des ULL im FMG auf Kupferkabel/Doppelader – Metallleitungen (*Hauptantrag*)

*Die Technologie der Kabelnetze ist anders als die der Telefonnetze. Dies muss in der Revision berücksichtigt werden.*

#### 3.2. Regelung des ULL im FMG unter Berücksichtigung der jeweiligen Technologie (*Eventualantrag*)

*Die eventualiter geforderte Formulierung ist, im Gegensatz zur Formulierung im Hauptantrag, offener und lässt eine erläuternde Ausgestaltung auf Verordnungsebene zu.*

#### 3.3. Die Interkonnectionsbestimmungen finden keine Anwendung in Netzen, bei denen der individuelle Kundenzugang fehlt oder das Dienstleistungsangebot für die anderen Kunden eingeschränkt wird (*Subeventualantrag*)

*Mit dem subeventualiter formulierten Antrag soll verhindert werden, dass die Interkonnectionsbestimmung zu einer Beschränkung des Dienstleistungsangebotes zu Lasten der Kunden führt. Zudem soll die Grundversorgung (must-carry) im Rahmen des RTVG im heutigen Umfang garantiert und beibehalten werden können.*

### 4. Streichung des Begriffs „Zugang“ und Neuformulierung/Auslegung des Begriffes Interkonnection

*Der Begriff „Zugang“ ist im Entwurf FMG allumfassend und soll deshalb gestrichen werden.*

### 5. Verzicht auf Ex-ante Regulierung

*Das im Entwurf FMG vorgeschlagene Ex-ante System würde zu einer Überregulierung führen.*

**6. Kein weiterer Ausbau der ComCom**

*Ein zusätzlicher Ausbau der ComCom durch Übertragung von wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen soll verhindert werden.*

**7. Keine spezialgesetzliche Regelung in der Telekommunikation**

*Der im Entwurf FMG vorgeschlagenen Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde würde zu einer Beschränkung der Verfahrensrechte führen.*

# TEIL 3 ERLÄUTERENDE AUSFÜHRUNGEN

---

## 2 ANTRAG 1 - KOORDINATION DER REVISIONEN RTVG, FMG/FDV

### 2.1 Ausgangslage - "Doppelregime" für Kabelnetzbetreiber

Wenn ein Kabelnetzbetreiber sowohl Fernmeldedienste (z.B. Internetzugang) anbietet als auch Radio- und Fernsehprogramme (z.B. SRG) weiterverbreitet erfährt er eine rechtliche Doppelbelastung.

Kabelnetzbetreiber sind originär Infrastrukturanbieter. Aufgrund von Art. 37 E-RTVG gilt für die fernmeldetechnische Übertragung von Programmen das FMG, soweit das RTVG nichts anderes vorsieht. Kabelnetzbetreiber bedürfen deshalb zur Verbreitung von Inhalten (inkl. Radio- und Fernsehprogrammen) bisher einer fernmeldetechnischen Konzession. Gemäss geltendem Fernmeldegesetz (Art. 11 FMG) unterstehen marktmächtige Infrastrukturanbieter einer Interkonnektionspflicht. Nach Praxis der Wettbewerbskommission haben Kabelnetzbetreiber in ihrem Verbreitungsgebiet bezüglich der Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen eine faktische Monopolstellung. Folgt man dem Entwurf FMG (nachfolgend E-FMG) sollen marktmächtige Infrastrukturanbieter zukünftig einer erweiterten Zugangspflicht unterstehen. Die technologie neutrale Formulierung der Entwürfe FMG/FDV lässt folglich zusätzlich die Möglichkeit offen, dass in Zukunft auch ein im Telekommunikationsmarkt marktbeherrschendes Kabelnetzunternehmen zu Zugang respektive Interkonnektion verpflichtet werden könnte.

Gemäss E-RTVG verfügt die SRG über einen Anspruch auf „Verbreitung“ im Sinne einer Verbreitungspflicht (must-carry-rules) für Kabelnetzunternehmen (Art. 41 E-RTVG). Zusätzlich kann die Kommission gemäss E-RTVG auch weiteren Rundfunkveranstaltern besondere Zugangsrechte erteilen (Art. 42 E-RTVG). Selbst wenn die Interessen der Infrastrukturbetreiber gemäss Art. 43 Abs. 2 lit. b E-RTVG zu berücksichtigen sind, besteht das Risiko, dass das Ausmass der frei verfügbaren Kapazitäten für die Kabelnetzbetreiber eine erhebliche Einschränkung erfahren könnte.

Das neue Regulierungskonzept führt dazu, dass Kabelnetzbetreiber – im Rahmen der weiterhin auch im Digitalzeitalter beschränkten Kapazität – den Verbreitungspflichten gemäss RTVG und den Zugangsverpflichtungen des E-FMG unterliegen, was die unternehmerische Freiheit auf einen kleinen Teil der gesamten Bandbreite beschränkt.

- **Das „Doppelregime“ von fernmelderechtlicher Zugangspflicht (E-FMG) und rundfunkrechtlicher Verbreitungspflicht (E-RTVG) führen zu einer Kumulation von Pflichten und zu einem Abbau von Rechten im Sinne eines massiven Eingriffs in die wirtschaftliche Tätigkeit der Kabelnetzunternehmen**

Diese traditionelle Schraubstockposition führt dazu, dass Kabelnetzunternehmen eine besondere Sensibilität bezüglich der Kohärenz, respektive dem Zusammenwirken des gesamten rechtlichen Regelungsbereiches entwickelt haben. Bei der Beurteilung der Konkurrenz zwischen einem technischen und einem inhaltlichen Dienst stehen jedoch sowohl Gesetzgeber als auch Rechtsanwender zum Teil vor Neuland. Nichtsdestotrotz fällt im Entwurf FMG sofort auf, dass Zugangsregulierungen geschaffen werden sollen, deren gegenseitiges Verhältnis nicht klar etabliert ist. Zudem kommt es zu einer uneinheitlichen Verwendung des Begriffes Unbundling.

Im Rahmen der Revision RTVG (E-RTVG) wird versucht, eine Anpassung des FMG vorzunehmen. In dieser Anpassung soll eine Grundregel bezüglich des Inhalts eingeführt werden, welche die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen von der Pflicht zur Interkonnektion ausnimmt (Art. 11 Abs. 8 FMG in E-RTVG). Dieser Vorbehalt wird für das Unbundling in der aktuellen FMG-Revison nicht gemacht, doch lässt sich argumentieren, dass eine Unbundling-Pflicht kaum begründbar wäre, wenn die Interkonnektion ausgeschlossen ist. Es wäre jedoch sachgerecht, die Terminologie der beiden Gesetze zu koordinieren. Art. 11 Abs. 8 FMG in E-RTVG räumt dem Bundesrat zudem die Möglichkeit ein, Ausnahmen vorzusehen; dabei handelt es sich um eine Blankett-Norm, die mit dem Risiko behaftet ist, dass exzessive Zugangsordnungen getroffen werden.

Ungeachtet der vorgenannten, an sich sinnvollen aber verbesserungsfähigen Norm, bleibt indessen nicht zu übersehen, dass mit dieser Anordnung das Verhältnis von Fernmelde- und Rundfunkrecht keineswegs umfassend geregelt ist. Kabelnetzbetreiber verbreiten nicht nur Rundfunkprogramme, sondern auch elektronische Kommunikationsdienste. Aus diesem Grund ergibt sich ein Spannungsverhältnis zwischen der Netzbetreiberfreiheit<sup>1</sup>, gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie, sowie staatlichen Interessen an der Weiterverbreitung gewisser Dienste.

Der Einfluss der europäischen Regulierungsbestrebungen ist im Rahmen der FMG-Revision offensichtlich und im erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf auch transparent gemacht. Was jedoch im Entwurf FMG zu wenig berücksichtigt wurde ist, dass sich die Netzzugangsregulierungen der EU im Wesentlichen auf den Fernmeldebereich, d.h. die Netzinfrastruktur der Telefonnetze beziehen.

---

<sup>1</sup> Kabelnetzbetreiber sind Grundrechtsträger: Einerseits kommen sie in den Genuss der Eigentumsgarantie, d.h. die in Übertragungsnetze getätigten Investitionen haben Bestandesschutz; andererseits sind Aufbau und Betrieb der Kabelnetze ein Ausdruck der Wirtschaftsfreiheit, und zwar im Sinne der freien wirtschaftlichen Betätigung privater und/oder öffentlicher Unternehmen.

## 2.2 Beurteilung Koordination E-RTVG/E-FMG, FDV

Eine Gesamtwürdigung der vorgeschlagenen Neuerungen lässt nicht erkennen, dass mit Bezug auf die Kabelnetzbenutzung ein Regelungsrahmen verwirklicht werden soll, der kohärent die widerstreitenden Interessen von Grundrechten der Netzbetreiber und Anliegen der Programmanbieter berücksichtigt.

- **Die Kabelnetzbetreiber geraten in der Mehrfachbelastung FMG/RTVG zwischen Hammer und Amboss. Es stellt sich deshalb bei der Revision FMG erneut die grundsätzliche Frage nach der Verletzung der verfassungsmässig garantierten Rechte der Kabelnetzunternehmen**
- **Gesamthaft betrachtet ergibt sich, dass das gegenseitige Verhältnis von FMG und RTVG in den schweizerischen Revisionsvorhaben noch weitgehend ungeklärt ist. Eine Koordination wäre jedoch dringend notwendig!**

## 3 ANTRÄGE 2, 3 UND 4 – ENTBÜNDELUNG

### 3.1 Ausgangslage

Nach dem Entscheid des Bundesgerichtes vom 3. Oktober 2001 in Sachen Commcare betreffend Interkonnektion von Mietleitungen und der Abweisung des Interkonnektionsgesuches der TDC AG Switzerland betreffend Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitungen durch die ComCom vom 5. Februar 2002, wurde aus der Sicht der Regulierungsbehörde (BAKOM, ComCom) eine Revision des Regulierungsrahmens nötig.

Ziel dieser Bestrebungen ist, durch eine Revision des FMG und FDV zukünftig Mietleitungen dem Interkonnektionsregime zu unterstellen und eine Entbündelung des Anschlussnetzes durchzusetzen. Auch wenn die Revisionsbestrebungen primär als Reaktion auf den Commcare Entscheid zu sehen sind, und dementsprechend die Entbündelung der letzten Meile der Swisscom im Vordergrund steht, wären Kabelnetzunternehmen, sofern sie von der ComCom<sup>2</sup> als marktmächtig angesehen werden, durch die technologieneutrale Ausgestaltung des aktuellen Revisionsentwurfes dem Interkonnektionsregime unterstellt.

Am 3. Juli 2002 hat der Bundesrat die Vernehmlassung über die Revision des Fernmeldegesetzes (FMG) und der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) eröffnet.

### 3.2 Unterschiede Kabel- und Telefonnetze

Die in den letzten Jahrzehnten auf Initiative von Privaten oder Gemeinden errichteten Kabelnetze sind als Inselnetze entstanden, die von sich aus keine Kommunikation von Teilnehmern eines Netzes mit Teilnehmern in einem anderen Netz ermöglichen; sie weisen eine Baumstruktur auf, die von der Kopfstation über Verteiler zu den Endkunden führt. Die ursprünglich auf die Verbreitung von PAL-Programmen ausgerichteten Breitbandnetze mit grossen Übertragungskapazitäten in Vorwärtsrichtung ermöglichen grundsätzlich die Einwegkommunikation; die Netze verfügen nur teilweise über einen Rückkanal für die Zweiwegkommunikation. Die Kopfstation eines Kabelnetzes empfängt die Programme, zugeführt über terrestrische Sender oder Satelliten, und wandelt die Programme auf geeignete Kanäle, damit die Einspeisung in das Breitbandnetz in sachgerechter Qualität zu erfolgen vermag; über Glasfaser und Koaxial-Kabel (Hybrid Fiber Coax, HFC) erfolgt die Verteilung in einer Baumstruktur zu den Endkunden, welche die Signale über Hausinstallationen erhalten.

---

<sup>2</sup> Als branchenspezifische Wettbewerbskommission soll die ComCom bezüglich einer allfälligen Monopolstellung die relevanten Märkte definieren, bestimmen, wer in diesen marktmächtig ist und die marktmächtigen Anbieter von Fernmeldediensten verpflichten können, kostenorientierte Standardangebote zu erstellen.

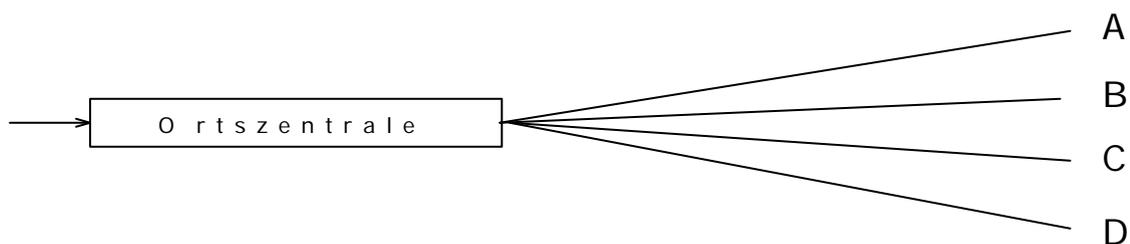
Überblicksmässig lässt sich diese Baumstruktur wie folgt darstellen:



Die derzeitige Aufrüstung vieler Kabelnetze mit einem Rückkanal bedingt den Einsatz weiterer Netzelemente (z.B. Rückverstärker, Rückkanalweichen), welche die Signalpegel im Kabelnetz, bzw. dessen Funktionsfähigkeit, nicht beeinträchtigen dürfen.

Das Telefonnetz setzt sich zusammen aus mehreren physikalischen Übertragungswegen, z.B. der herkömmlichen Kupferleitung, Glasfaser- und Richtfunk- bzw. Satellitenstrecken. Telefonnetze ermöglichen dank ihres Zusammenschlusses die Kommunikation zwischen den Teilnehmern verschiedener Netze. Strukturell ist jeder Endkunde mit der Ortszentrale als Teil des Telefonnetzes verbunden.

Überblicksmässig lässt sich die Struktur eines Telefonnetzes wie folgt darstellen:



Zusammenfassend ergibt sich somit, dass ungeachtet gewisser technischer Ähnlichkeiten, eine grundsätzliche Differenz zwischen den Kabelnetzen und den Telefonnetzen verbleibt, nämlich die Strukturierung der Kommunikationswege:

- **Die Baumstruktur der Kabelnetze ist nicht identisch mit der Sternstruktur der Telefonnetze, was bei der regulatorischen Festlegung von Netzzugangsvorschriften beachtet werden muss**

### 3.3 Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes (BV 8)

Der im Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) enthaltene Grundsatz der Rechtsgleichheit richtet sich sowohl an rechtsanwendende als auch an rechtssetzende Behörden (Botschaft zur neuen Bundesverfassung S. 142 ff.). Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Die Rechtsgleichheit gilt grundsätzlich für alle Personen, sowohl natürliche als auch juristische, sowohl schweizerische als auch ausländische. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Kabelnetzbetreiber aufgrund der dargelegten unterschiedlichen technischen Struktur der Netze im Vergleich mit den Telefonnetzen durch die technologieneutrale Ausgestaltung des Revisionsentwurfes nicht eine Ungleichbehandlung erfahren.

- **Eine technologieneutrale Ausgestaltung widerspricht dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV)**

### 3.4 Im FDV - Entwurf vorgesehene Arten der Entbündelung

#### Vollständige Entbündelung (Full Access)

Bei der „vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses“ („Full Access“ oder auch „Full Unbundling“) wird das Kupferkabel an einen Dritten zur ausschliesslichen Nutzung vermietet. Der Mieter bietet dem Endnutzer eine vollständige Palette von Sprach- und Datendiensten an. Der Kunde steht einzig mit dem Mieter in geschäftlichem Kontakt. Der Mieter hat auch die freie Wahl, welche Übertragungstechnik er einsetzen will, solange keine technischen Gründe (z.B. Interferenzen) entgegenstehen.

#### Gemeinsamer Zugang (Shared Line Access)

Beim „gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss“ bietet die zur Entbündelung verpflichtete Betreiberin weiterhin den Telefondienst an, während die neue Marktteilnehmerin mit Hilfe eigener Breitband-xDSL-Modems schnelle Datendienste über denselben Teilnehmeranschluss bereitstellt. Telefon- und Datenverkehr werden durch einen Signalverteiler (Splitter) getrennt. Der Teilnehmeranschluss bleibt jedoch Teil des öffentlichen Telefonnetzes.

### Bitstrom-Zugang (Bitstream Access)

Beim schnellen „Bitstrom-Zugang“ stellt der etablierte Betreiber selber eine Breitbandverbindung zum Kunden her. Diese Verbindung bietet er zu einem Wholesalepreis anderen Fernmeldediensteanbietern an, welche ihrerseits die vom etablierten Betreiber ermöglichten Dienste an ihre Endkunden weiterverkaufen können.

## 3.5 Auswirkungen der Entbündelung für Kabelnetzunternehmen

Die vollständige Entbündelung (Full Access) des Teilnehmeranschlusses ist bei Baumverteilstrukturen wie dem Kabelnetz nicht möglich, denn hier werden alle Teilnehmer an demselben Kabel angeschlossen und empfangen somit dasselbe Signal. Es ist also in Baumverteilstrukturen eine individuelle vollständige Entbündelung eines einzelnen Teilnehmeranschlusses technisch nicht realisierbar.

Eine vollständige Entbündelung käme einer faktischen Enteignung der Kabelnetzunternehmen gleich.

Im Falle eines gemeinsamen Zugangs (Shared Line Access) zum Teilnehmeranschluss ergibt sich im Kabelnetz das Problem, dass auf der Leitung zum Kunden aktive Verstärker einzusetzen sind, um die Übertragungsverluste durch die relativ langen Leitungen auszugleichen; dabei ist die Bandbreite der Bereiche vorwärts und rückwärts begrenzt (abhängig von den verwendeten Verstärkern und Koaxial-Kabeln). Die Zurverfügungstellung des Zugangs setzt somit voraus, dass die Kabelnetze nicht nur für den Rückweg ausgerüstet sind, sondern auch freie Kapazitäten im Vorwärts- wie auch im Rückwärtsbereich aufweisen. Hinzu kommt, dass die Bandbreite des Kabelnetzes um so schlechter genutzt wird, je mehr verschiedene Betreiber analoge Kanäle erhalten. Sind beispielsweise die zwei Kanäle für die Datenübertragung von zwei Providern nur zu 50% ausgelastet, hätte dieselbe Datenmenge auch über einen einzigen Kanal übertragen werden können. Dieser Umstand würde zu einer schlechteren Ausnutzung der Kapazität des Kabelnetzes und somit zu steigenden Preisen führen.

Bezüglich Bitstrom-Zugang (Bitstream Access) ist insbesondere festzuhalten, dass die Bandbreite im Kabelnetz trotz Digitalisierung begrenzt ist. Diese Art der Entbündelung würde im Kabelnetz zur Abschaltung bestehender Programme führen, um freigeordnete Kapazitäten Dritten zur Verfügung zu stellen. Sollte ausserdem der Bitstrom-Zugang mit garantierter Bandbreite (anstatt wie meist üblich nach „best effort“) angeboten werden, führt dies wie beim gemeinsamen Zugang zu einer schlechten Netzauslastung.

Beim Bitstrom-Zugang würden die Systeme des etablierten Betreibers mit den Systemen des neuen Marktteilnehmers auf logischer Ebene zusammengeschaltet werden (Gemeinsamer Zugang: physikalische Ebene), was die Stabilität des Netzes stark beeinträchtigen kann und zu nicht abschätzbarem Aufwand für die Erstellung und den Betrieb des Zugangs führen würde.

- **Alle drei Entbündelungsformen hätten massive wirtschaftliche Auswirkungen auf die Kabelnetzunternehmen. Die Regelung bezüglich Full Access**

**kann für Kabelnetze aufgrund der technischen Gegebenheiten nicht zur Anwendung gelangen**

### 3.6 Harmonisierung mit der europäischen Rechtslage

Im Gegensatz zum EU-Recht, welches sich gemäss den einschlägigen Definitionen (Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss Nr. 2887/2000; Mitteilung der Kommission 2000/C 272/10; ONP – Richtlinie 98/10 EG) momentan strikte auf die Entbündelung der Kupferkabels/Doppelader – Metalleitungen beschränkt, soll die schweizerische Regelung technologieneutral ausgestaltet werden.

Diese technologieneutrale Ausgestaltung widerspricht dem im erläuternden Bericht zur Revision geforderten Ziel, die schweizerische Fernmeldegesetzgebung der europäischen anzupassen.

- **Mit einer schweizspezifischen Regelung des ULL würde man die Chance verpassen, Richtlinien in einem Bereich, der an sich schon grenzüberschreitend ist, mit denjenigen der Nachbarstaaten zu harmonisieren**

### 3.7 Keine Regelung der Entbündelung auf Verordnungsstufe

Die Kabelnetzbetreiber sind Grundrechtsträger. Einerseits kommen sie in den Genuss der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), d.h. die in die Übertragungsnetze getätigten Investitionen haben Bestandesschutz; andererseits sind Aufbau und Betrieb der Kabelnetze ein Ausdruck der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), und zwar im Sinne der freien wirtschaftlichen Betätigung privater und/oder öffentlicher Unternehmer.

Wie in Punkt 5 bereits dargelegt, hätten die geplanten Entbündelungsvorschriften in allen drei Ausgestaltungen (Full Access, Shared line Access, Bitestream Access) erhebliche finanzielle Folgen für die betroffenen Kabelnetzunternehmen. Im Falle einer vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses (Full Access) stellt sich bei der Baumverteilstruktur der Kabelnetze das unüberwindbare Problem, dass der Zugang zum Kabel zwischen der Kopfstation und dem einzelnen Endkunden die Benutzbarkeit des Kabels für alle Endkunden derselben Leitung möglich machen würde. Dies käme einer faktischen Enteignung bezüglich ganzer Kundengruppen gleich (nicht einzelne Kunden, vgl. oben Unterschied Kabelnetz/Telefonnetz!).

Eine Änderung im Sinne des Revisionsvorschlages würde zudem zu einer erheblichen Veränderung der gesamten Wettbewerbspolitik im Telekommunikationsmarkt führen.

Nach Art. 164 der Bundesverfassung sind alle wichtigen Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Darunter fallen insbesondere auch schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten (Art. 36 Abs. 2 Satz 2 BV). Im konkreten Fall liegen schwerwiegende Einschränkungen sowohl bezüglich der Eigentumsgarantie als auch bezüglich der Wirtschaftsfreiheit vor.

Die Verpflichtung zur Entbündelung wird, gemäss Revisionsvorschlag jedoch nicht auf Gesetzesstufe sondern auf Stufe Verordnung geregelt (Fernmeldedienstverordnung FDV). Dies ist jedoch angesichts der wirtschaftlichen Tragweite für die betroffenen Unternehmen weder sachgerecht noch systemkonform.

Wie aufgezeigt wurde, bedeutet eine Entbündelung für Kabelnetzunternehmen eine erhebliche Einschränkung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit. Eine regulatorische Änderung mit Auswirkungen in diesem Ausmass kann – wenn sie denn demokratisch legitimiert sein will – nicht über die Änderung der Verordnung (FDV) vollzogen werden.

- **Eine zukünftige Regulierung kann aufgrund der massiven Einschränkung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und der Auswirkungen auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der verpflichteten Unternehmen nicht auf Verordnungsebene geregelt werden (Art. 36 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. b BV)**

### 3.8 Zum neuen Begriff "Zugang" (Art. 11 Abs. 1 und Art 3 FMG)

Der in der Revision vorgeschlagene Begriff „Zugang“ ist allumfassend und deshalb konturlos. Zentrales Element in einem funktionierenden Fernmeldemarkt ist die Interkonnektion. Diesen Begriff gilt es zu konkretisieren und auszubauen, ohne dass deswegen die Regulierung mit einem neuen Terminus ausgeweitet wird.

- **Der Begriff „Zugang“ ist im Entwurf FMG allumfassend und soll deshalb gestrichen werden**

## 4 ANTRÄGE 5,6 UND 7 - EX-ANTE / STELLUNG DER COMCOM

### 4.1 Bisheriges System

Mit dem bisherigen System der Ex-post Regulierung wurde für die Umsetzung der Interkonnektion eine für die Geschäftsbeziehungen übliche Lösung gefunden. Durch Umsetzung des Prinzips des Verhandlungsprimates wurden die Parteien dazu angehalten, gemeinsam eine einvernehmliche Lösung zu suchen. Erst wenn es zu keiner Einigung kommt, eröffnet die ComCom auf Gesuch hin ein Interkonnektionsverfahren. In diesem Verfahren gibt die WEKO zuhanden der ComCom jeweils ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung ab, welches die ComCom regelmässig ihren Entscheiden zugrunde legt.

### 4.2 Mängel

Die Verfahren dauerten zum Teil sehr lange. Das langwierige System wurde in der Vergangenheit verschiedentlich kritisiert und Verbesserungen wurden gefordert.

### 4.3 Änderungsentwurf FMG

Das Verfahren soll nun zukünftig durch ein interventionistisches System abgelöst werden. Die ComCom soll im Voraus, d.h. unabhängig von einem konkreten Streitfall nach Konsultation der interessierten Kreise und der WEKO, in eigener Kompetenz die relevanten Märkte definieren und die allenfalls marktbeherrschenden Unternehmen bestimmen können.

Diese durch die ComCom als marktbeherrschend eingestuften Unternehmen müssen neu ein Standardangebot für alle Zugangsdienstleistungen (inkl. Preise) zur Vorabgenehmigung der ComCom unterbreiten.

Mit dem Ziel, die Verfahrensdauer zu beschleunigen, sollen gegen Verfügungen der ComCom zukünftig zwar immer noch Beschwerden geführt werden können, diese hätten aber in keinem Fall eine aufschiebende Wirkung. Damit hätte eine Verfügung bereits vor ihrer gerichtlichen Überprüfung volle Wirkungskraft.

## 4.4 Kritik und Vorschläge

### Stellung der ComCom

Die meisten Anwendungsfälle der vorgeschlagenen Zugangsverpflichtung (mit Ausnahme der Interkonnektionspflicht) werden heute durch die WEKO und nicht durch die ComCom behandelt.

Mit dem neuen System käme es zu einer massiven Kompetenzverlagerung. Diese im schweizerischen Rechtssystem unübliche und noch nie praktizierte Ausgestaltung einer Bereichsbehörde zur sektorspezifischen Wettbewerbsbehörde würde zu einer Abkoppelung der Telekommunikation vom allgemeinen Wettbewerbsrecht führen. Mit dieser Regelung würde die Situation geschaffen, dass - demokratisch legitimiert - vergleichbare ökonomische Sachverhalte zukünftig sektoriell unterschiedlich geregelt werden könnten.

Eine Gefahr besteht zudem, dass durch die vorgeschlagene Ausgestaltung der ComCom zur sektorspezifischen Wettbewerbsbehörde, die mit der heutigen Regelung gewährleistete minimale Homogenität der wettbewerbsrechtlichen Entscheidungsprinzipien durchbrochen würde.

Mit einem Ausbau und einer effizienteren Nutzung der bereits vorhandenen Ressourcen und Kompetenzen der WEKO könnten die berechtigten Anliegen nach einem zügigen Verfahren berücksichtigt werden, ohne dass dies zu einem Systembruch und damit zu einer Segmentierung des gesamten Telekommunikationsbereichs führen würde.

- **Insgesamt ist die Anhäufung von Verwaltungs-, Rechtsetzungs-, Delegations- und wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen in einer einzigen Kommission zu vermeiden**

### Verbesserung durch effizientere Aufgabenerfüllung

Im geltenden FMG wurde mit dem bereits oben erwähnten Verhandlungsprimat für die Umsetzung der Interkonnektion eine in vielen Fällen praktikable Lösung gefunden. In den allermeisten Fällen konnte ohne behördliche Eingriffe eine einvernehmliche Lösung gefunden werden.

Eine Verbesserung im Sinne eines effizienteren Verfahrens kann auch dadurch erreicht werden, dass das heutige Ex-post System verbessert wird. Das heutige Ex-post Regulierungsregime würde besser funktionieren, wenn BAKOM und ComCom ihre Aufgaben effizient wahrnehmen würden.

- **Das im Entwurf vorgeschlagene Ex-ante System würde zu einer Überregulierung führen**

## Standardangebot zu kostenorientierten Preisen

Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müsste eine marktbeherrschende Anbieterin die Entbündelungsdienste zu kostenorientierten Preisen anbieten. Der Nachweis der Kostenorientierung haben die Anbieterinnen nachzuweisen. Die ComCom hat im Streitfall die Kompetenz, die Preise aufgrund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten zu verfügen, wenn die verpflichtete Anbieterin den entsprechenden Nachweis nicht erbringen kann.

Die Konsequenz dieser Regelung ist offensichtlich: Die Verhandlungspartner werden sich angesichts der Situation, dass die ComCom immer einen für sie günstigeren Preis verfügen kann, kaum einigen. Das in Art. 11 Abs. 3 FMG statuierte Verhandlungsprimat von drei Monaten wird, bevor es überhaupt in Kraft tritt, ausgehebelt.

- **Am bisherigen Verhandlungsprimat soll festgehalten werden**

## Entzug der aufschiebenden Wirkung

Die im Entwurf FMG vorgeschlagene Sonderregelung bezüglich Entzug der aufschiebenden Wirkung würde dazu führen, dass richterliche oder von Verwaltungsbehörden getroffene Entscheide nicht mehr überprüft werden könnten. Dies würde zu einem sektorspezifischen Rechtsmittelsystem führen und wäre damit ein weiterer Schritt zu einer Separierung des gesamten Telekommunikationsbereiches. Wenn eine Verfügung, nachdem sie bereits längere Zeit in Kraft getreten ist, wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben würde, könnten die bereits eingetretenen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht mehr korrigiert werden. Eine wünschenswerte Beschleunigung der Verfahren könnte auch – ohne damit eine Ausnahme des allgemein geltenden Verfahrensrechtes zu normieren - durch eine statuierte Begrenzung der Verfahrensdauer erreicht werden.

- **Mit dem im Entwurf FMG vorgeschlagenen Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde, würden rechtsstaatlich statuierte Verfahrensrechte eingeschränkt werden**