

**Bundesgericht**

**Tribunal fédéral**

**Tribunale federale**

**Tribunal federal**



---

CH – 1000 Lausanne 14

Tel. 021 318 91 11

Fax 021 323 37 00

Korrespondenznummer 10.9

An den Direktor  
des Bundesamtes  
für Kommunikation  
Zukunftsstrasse 44  
Postfach  
2501 Biel

Lausanne, 8. Oktober 2002/web

## **Änderung des Fernmeldegesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen; Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Direktor

Der Vorsteher des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation hat das Bundesgericht eingeladen, bis am 15. Oktober zur Änderung des Fernmeldegesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen Stellung zu nehmen. Wir nehmen diese Gelegenheit gerne wahr. Praxisgemäss beschränkt sich das Bundesgericht auf einige Hinweise zum Verfahren. Zum materiellen Gehalt der vorgeschlagenen Gesetzesänderung nimmt es aus Gründen der Gewaltenteilung grundsätzlich nicht Stellung.

Nach Art. 10a Abs. 3 sowie Art. 11 Abs.1<sup>ter</sup> des Entwurfes zum Fernmeldegesetz soll die Möglichkeit der Gewährung aufschiebender Wirkung für Beschwerden gegen Entscheide der Kommission betreffend Feststellung der Marktbeherrschung und betreffend Genehmigung des Standardangebotes – entgegen der heute geltenden Regelung von Art. 111 OG – ausgeschlossen sein. Eine solche Ordnung erscheint als sachlich ungerechtfertigt und rechtsstaatlich fragwürdig. Der völlige Ausschluss jeder aufschiebenden Wirkung stellt den Rechtsschutz als solchen in Frage. Wenn die angefochtene Anordnung ungeachtet einer Beschwerde vollzogen oder als gültige Grundlage für weitere Anordnungen behandelt werden muss, kann es zu faktisch irreversiblen Entwicklungen kommen, die durch eine allfällige spätere Gutheissung des Rechtsmittels nicht mehr behoben werden können und alsdann zu (komplexen) Schadenersatzstreitigkeiten führen. Der vorgesehene Ausschluss eines wirksamen Rechtsmittels wirft auch unter dem Gesichtswinkel der (zur Zeit noch nicht in Kraft stehenden) Rechtsweggarantie von Art. 29a BV Fragen auf.

Die in Art. 11 Abs. 4 des Entwurfs zum Fernmeldegesetz vorgesehene Rechtsschutzordnung für Streitigkeiten über den Zugang oder die Interkonnektion könnte in ihrer jetzigen

Formulierung – insbesondere in der deutschen Fassung: „Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang oder die Interkonnektion werden durch die Zivilgerichte beurteilt“ – zu Missverständnissen führen. Eine Abweichung von der heutigen Regelung in Art. 61 Abs. 1 FMG, wonach Verfügungen der Kommission der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen, ist offenbar nicht beabsichtigt. Die Formulierung „Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus Verfügungen ...“ brächte die gewollte Kompetenzabgrenzung, die zweckmässigerweise auch in der Botschaft zur Revisionsvorlage darzustellen wäre, deutlicher zum Ausdruck.

Die in Art. 24 Abs. 2 des Entwurfes zum Fernmeldegesetz vorgesehene Kompetenzdelegation an den Bundesrat, für die Erteilung von Funkkonzessionen besondere, von den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes abweichende Bestimmungen über das erstinstanzliche Verfahren betreffend die öffentliche Ausschreibung und das Beschwerdeverfahren zu erlassen, ist namentlich insofern problematisch, als darin auch die Befugnis zur Normierung des Beschwerdeverfahrens enthalten sein soll. Einzige in Frage kommende Beschwerdeinstanz ist das Bundesgericht (Art.61 Abs.1 FMG), für dessen Verfahren nicht die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG), sondern jene des Bundesrechtspflegegesetzes (OG) gelten. Die Regelung des Verfahrens vor Bundesgericht sollte dem formellen Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Jedenfalls erwartet das Bundesgericht, dass es sich zu einem allfälligen derartigen Verordnungsentwurf ausführlich äussern kann.

Fragwürdig erscheint schliesslich der in Art. 24 Abs. 3 des Entwurfs zum Fernmeldegesetz vorgesehene Ausschluss der Beschwerde gegen verfahrensleitende und andere Zwischenverfügungen im Verfahren betreffend die öffentliche Ausschreibung von Funkkonzessionen. Auch hier wird das Recht auf ein wirksames Rechtsmittel in Frage gestellt. Wieso es nicht bei der allgemeinen Regel bleiben soll, wonach Zwischenverfügungen dann separat anfechtbar sind, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken, ist nicht einzusehen. Sie hat sich in anderen vergleichbaren Fällen bewährt (vgl. etwa BGE 125 II 613 und 127 II 132) und kann von der Beschwerdeinstanz durchaus falladäquat angewendet werden.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Hinweisen dienen zu können.

Genehmigen Sie, sehr geehrter Herr Direktor, den Ausdruck unserer ausgezeichneten Hochschätzung.

#### **IM NAMEN DES BUNDESGERICHTS**

Der Präsident

Der Generalsekretär

Hans Peter Walter

Paul Tschümperlin