

COMCOM interkonnektion-teilentscheid-betreffend-entbündelung-2004-02-19-45ea57 vom 19. Februar 2004

ComCom, 2004-02-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_interkonnektion-teilentscheid-betreffend-entbündelung-2004-02-19-45ea57

FR: COMCOM interkonnektion-teilentscheid-betreffend-entbündelung-2004-02-19-45ea57 du 19 février 2004

IT: COMCOM interkonnektion-teilentscheid-betreffend-entbündelung-2004-02-19-45ea57 del 19 febbraio 2004

Erwägungen

E. 2

Sunrise ist der Markenname, unter dem die Gesuchstellerin auftritt.

E. 2.1

Eigentumsgarantie Marktbeherrschende Anbieterinnen sind typischerweise Eigentümerinnen der von ihnen betriebenen Fernmeldeanlagen und können sich daher auf ihr Eigentumsrecht berufen. Die Zugangsverpflichtung berührt das Recht der Verpflichteten, ihre Anlagen nach eigenem Gutdünken zu nutzen: Sofern der Kunde von Fernmeldediensten die berechnigte Anbieterin als Diensteanbieterin wünscht, kann diese Anbieterin von der verpflichteten Anbieterin den Zugang zu den dafür notwendigen Anlagen verlangen. Die verpflichtete Anbieterin darf den Zugang nicht davon abhängig machen, dass die berechnigte Anbieterin zusätzliche Dienste von ihr in Anspruch nimmt. Die verpflichtete Anbieterin darf als Gegenleistung für den Zugang auch keine Monopolrente verlangen, die über den Preis hinausgeht, der bei funktionierendem Wettbewerb zu erwarten wäre. Damit berührt die Zugangsverpflichtung das Eigentumsrecht der Verpflichteten. Die Zugangsverpflichtung ist darum an den Artikeln 26 und 36 BV zu messen. Die in Art. 36 Abs. 4 BV festgehaltene Institutsgarantie verbietet es dem Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung, Normen aufzustellen, die das Privateigentum als Institut der schweizerischen Rechtsordnung beseitigen, aushöhlen, seiner Substanz berauben oder in seinem Wesenskern antasten. Die Interkonnektionsverpflichtung belässt die Nutzungsmöglichkeiten weitgehend beim Eigentümer. Nur wenn der Eigentümer marktbeherrschend ist und solange wie der Teilnehmer die Versorgung durch eine andere FDA wünscht, wird die Nutzung eingeschränkt. Diese Einschränkung wird dem Verpflichteten kostenorientiert vergütet, d.h. so, wie es bei einem wirksamen Wettbewerb unter den Eigentümern von Fernmeldeanlagen zu erwarten wäre. Die Abgeltung von Investitionsrisiken bildet gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. d FDV einen festen Bestandteil dieser Vergütung. Ein derart grundsätzlicher Eingriff, dass das Privateigentum beseitigt, ausgehöhlt, seiner Substanz beraubt oder in seinem Wesenskern angetastet würde, liegt bei der Interkonnektionsverpflichtung nicht vor.

E. 2.2

Wirtschaftsfreiheit Die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 BV). Schutzobjekt der

Wirtschaftsfreiheit ist jede privatwirtschaftliche Tätigkeit. Geschützt sind rechtliche und faktische Interessen (BGE 126 I 212). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind (BGE 123 II 16; 121 I 129), namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 125 I 431, 435 f.). Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz in der Wirtschaftsfreiheit schützt „vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen mögen, gleichzeitig aber, ohne in der Hauptstossrichtung wirtschaftspolitisch motiviert zu sein, einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. –ausschluss begünstigen oder benachteiligen“ (BGE 125 I 436). Eingriffe, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind. Staatliche Massnahmen, die eine Lenkung der Wirtschaft zum Ziel haben, m.a.W. den Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage ausser Kraft setzen wollen, stehen im Gegensatz zum Grundsatz der Marktwirtschaftsordnung bzw. der Wettbewerbsneutralität und gelten damit als Beeinträchtigung oder Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bzw. als Verstoß gegen den Grundsatz des freien Wettbewerbs und wer-

E. 2.3

Art. 164 BV Gemäss Art. 164 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Gemäss dem Prinzip der Einheit der Verfassung ist davon auszugehen, dass diese grundlegenden Bestimmungen den „Bestimmungen über schwer-

E. 2.4

Ergebnis Es wird festgestellt, dass Anbieterinnen von Fernmeldediensten gegen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten Anspruch auf gemeinsamen Zugang und auf vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss haben. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1, Art. 3 lit. e FMG und Art. 43 Abs. 1 aquater, aquinques, Art. 1 lit. d und e FDV. Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Geschichte, Zweck und Vereinbarkeit mit europäischem Recht und Völkerrecht. Art. 11 Abs. 1, Art. 3 lit. e FMG und Art. 43 Abs. 1 aquater, aquinques, Art. 1 lit. d und e FDV sind verfassungsmässig. 3 GATS/WTO als Grundlage für die Entbündelungspflicht Die Gesuchstellerin macht geltend, die von der Schweiz im Rahmen der dem 4. Protokoll beigefügten Verpflichtungsliste eingegangenen Verpflichtungen stellten eine direkt anwendbare Grundlage für den Anspruch auf den gemeinsamen und den vollständig entbündelten Zugang zum Anschlussnetz dar. Auf Grund der in der Schweiz vorherrschenden monistischen Theorie (vgl. Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 5 Rz. 41 m.w.N.) gelten die Normen des Völkerrechts in der Schweiz grundsätzlich direkt. Das gilt auch für die völkerrechtlichen Grundprinzipien, namentlich die Verpflichtung des Staates, die ihn bindenden völkerrechtlichen Normen zu erfüllen (pacta sunt servanda), den Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Verbot für alle Vertragsparteien, sich zur Rechtfertigung einer Nichterfüllung auf innerstaatliches Recht zu berufen. Diese drei Prinzipien ergeben sich nicht nur aus den Regeln des Völkergewohnheitsrechts. Sie sind auch in den Art. 26 und 27 der von der Schweiz ratifizierten Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969

niedergelegt. Die völkerrechtliche Verpflichtung, Verträge nach Treu und Glauben zu erfüllen, bildet in der internationalen Rechtsordnung die Grundlage des Vorrangs von Völkerrecht vor dem Landesrecht (Botenschaft zu Reform der Bundesverfassung, BBl 1997 I, S. 134 f.). Das Bundesgericht anerkennt diesen Grundsatz auch dann, wenn das Gesetzesrecht jünger ist (vgl. BGE 122 II 485). Grundsätzlich lässt sich sagen, dass völkerrechtliche Verträge mindestens den Rang von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen besitzen, sofern es sich nicht um blosses Vollziehungsabkommen handelt. Die GATS-Verpflichtungslisten stellen

E. 3

Die Konditionen für den Interkonnectionsdienst „gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss“ seien gemäss den Anhängen A (technische Umsetzung), B (Preise) und C (Service Level Agreement) zu diesem Gesuch zu verfügen.

E. 4

Die Konditionen für den Interkonnectionsdienst „vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss“ seien gemäss den Anhängen A (technische Umsetzung), B (Preise) und C (Service Level Agreement) zu diesem Gesuch zu verfügen.

E. 5

Swisscom Fixnet sei zu verpflichten, innert 3 Monaten ab Rechtskraft des Entscheides die technischen und administrativen Voraussetzungen zu schaffen, damit der Interkonnectionsdienst „gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss“ innert den in Anhang A festgelegten Fristen eingerichtet werden kann.

E. 6

Swisscom Fixnet sei zu verpflichten, innert 3 Monaten ab Rechtskraft des Entscheides die technischen und administrativen Voraussetzungen zu schaffen, damit der Interkonnectionsdienst „vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss“ innert den in Anhang A festgelegten Fristen eingerichtet werden kann.

E. 7

Entbündelungsdienste würden nicht unter den Interkonnectionstatbestand von Art. 3 lit. e FMG fallen. Eine physische Zusammenschaltung von Fernmeldeanlagen würde bei einer Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitungen zwar vorgenommen, es fände jedoch kein wie in Art. 3 lit. e FMG als Tatbestandselement definiertes „fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken“ von Fernmeldediensten verschiedener Anbieterinnen statt. Das vorliegende Verfahren behandelt – einerseits als gemeinsamen Zugang, andererseits als vollständig entbündelten Zugang – den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss. Die zwei begrifflichen Hauptelemente hiervon sind der Teilnehmeranschluss und die Entbündelung. Unter dem Begriff „Teilnehmeranschluss“ wird die physische Leitung (üblicherweise ein Kupferkabel) verstanden, die den Anschluss einer Teilnehmerin oder eines Teilnehmers mit der Ortszentrale, einem Konzentrator oder einer ähnlichen Fernmeldeanlage der FDA verbindet und der Teilnehmerin oder dem Teilnehmer die Inanspruchnahme von Fernmeldediensten ermöglicht. „Entbündelung“ bedeutet, dass die Anbieterin ihr Angebot so weit aufteilt, dass die Nachfragerin keine Teile dieses Angebots in Anspruch nehmen muss, die sie nicht benötigt. Gemäss den auf europäischer Ebene angewendeten und auch für das vorliegende Verfahren ausschlaggebenden Definitionen bedeutet Entbündelung folgendes: Die bei Marktbeherrschung zur Entbündelung

verpflichtete Betreiberin gewährt der die Entbündelung nachfragenden Partei den technisch sachgerechten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie zu Breitbandübertragungstechniken bzw. zu den Räumlichkeiten und technischen Einrichtungen, die für die Installierung und den Anschluss der relevanten Einrichtungen erforderlich sind („Kollokation“, vgl. dazu Art. 2 lit. h der Verordnung [EG] Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, nachfolgend: VO 2887/2000). Dadurch erhält die nachfragende Anbieterin von Fernmeldediensten die Möglichkeit, sowohl Telefoniedienste als auch Datenübertragungsdienste bis hin zum Teilnehmer zu erbringen und – beim vollständig entbündelten Zugang – gegenüber dem Teilnehmer als einzige Vertragspartnerin aufzutreten. Gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss bezeichnet die Bereitstellung des Zugangs zum oberen Teil des nutzbaren Frequenzbereiches einer Kupferleitung. Dieser Teil wird nicht von der zur Entbündelung verpflichteten FDA für die analogen oder digitalen Telefondienste (abgekürzt: POTS/ISDN4) genutzt. Die nachfragenden FDA können dabei dem Endbenutzer

4 Plain Old Telephony Service; Integrated Services Digital Network.

E. 8

zusätzliche Fernmeldedienste über eigene digitale Übertragungstechnologien wie xDSL5 anbieten. Bei dieser Zugangsform kann die zur Entbündelung verpflichtete FDA also weiterhin den Telefondienst anbieten. Die nachfragenden FDA können mit Hilfe eigener Übertragungsausrüstungen (DSLAM6 und/oder xDSL-Modem) breitbandige Datenübertragung über dieselbe Teilnehmeranschlussleitung anbieten. Oberer und unterer nutzbarer Frequenzbereich werden durch Frequenzbandfilter (Splitter) an beiden Enden der Teilnehmerleitung voneinander getrennt. Der untere nutzbare Frequenzbereich wird für die Übertragung von Sprachtelefonie genutzt (z.B. per POTS oder ISDN), der darüberliegende Frequenzbereich für andere Fernmeldedienste (z.B. per ADSL). Die Teilnehmeranschlussleitung bleibt Teil des Netzes der zur Entbündelung verpflichteten FDA. Sie kann weiterhin die Telefondienste (POTS oder ISDN) anbieten. Der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss bedeutet die Bereitstellung des Zugangs zum Kupferkabel des Teilnehmeranschlusses der zur Entbündelung verpflichteten Anbieterin von Fernmeldediensten (in der Regel die ehemalige Monopolistin) in der Weise, dass die nachfragende FDA über ein ausschliessliches Nutzungsrecht für den gesamten nutzbaren Frequenzbereich der Kupferleitung verfügen und dem Endnutzer eine vollständige Palette von Sprach- und Datendiensten anbieten kann. Bei der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses wird das Kupferkabel an einen Dritten zur ausschliesslichen Nutzung vermietet. Der Mieter übt die ungehinderte Kontrolle der Beziehungen zu seinen Kunden bei der Bereitstellung der Telekommunikationsdienste über den Teilnehmeranschluss aus, einschliesslich des Einsatzes digitaler Übertragungsausrüstungen für breitbandige Datenübertragung über das Kupferkabel. Der Mieter ist frei, welche Übertragungstechnik er einsetzen will, solange dem keine technischen Gründe (z.B. Interferenzen im Kabelbündel) entgegenstehen. Gemäss der vorne erwähnten gesetzlichen Begriffsdefinition in Art. 3 lit. e FMG ist 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“. Fernmeldeanlagen sind gemäss Art. 3 lit. d FMG „Geräte, Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen

bestimmt sind oder benutzt werden“. Als Fernmeldedienst gilt in Anwendung von

5 Spricht man von xDSL, sind die verschiedenen international normierten Übertragungsverfahren von DSL eingeschlossen, wie z.B.

A(Asymmetric[asymmetrisches])DSL; S(Symmetric[symmetrisches])DSL; H(High bit-rate [schnelles])DSL; V(Very high speed[sehr schnell-les])DSL. 6 Digital Subscriber Line Access Multiplexer

E. 9

Art. 3 lit. b FMG die „fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte“. Unter der fernmeldetechnischen Übertragung ist ein „elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk“ zu verstehen (Art. 3 lit. c FMG). Informationen schliesslich sind „für Menschen, andere Lebewesen oder Maschinen bestimmte Zeichen, Signale, Schriftzeichen, Bilder, Laut- und Darstellungen jeder anderen Art“ (Art. 3 lit. a FMG). Beim gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss stellt die Kupferleitung, über welche breitbandige Datendienste sowie herkömmliche Sprachdienste erbracht werden, eine Fernmeldeanlage im Sinne von Art. 3 lit. d FMG dar. Die dabei für die Trennung von Sprach- und Datenfrequenzen eingesetzten und im Eigentum der verpflichteten FDA stehenden Splitter sind ebenfalls Fernmeldeanlagen, welche einen Fernmeldedienst im Sinne von Art. 3 lit. b FMG erbringen, indem sie eine fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte ermöglichen. Eine Interkonnektion im Sinne von Art. 3 lit. e FMG liegt daher vor, da die Fernmeldeanlagen (z.B. Kupferleitungen) der nachfragenden FDA mit solchen der verpflichteten FDA (z.B. Kupferleitung, Splitter, Mikro-Filter) verbunden werden und dadurch ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Anlagen und Dienste bewirken. Die Fernmeldeanlagen der Gesuchsgegnerin und der Gesuchstellerin werden physisch und logisch miteinander so verbunden, dass der Gesuchstellerin der Zugriff zum oberen Frequenzbereich der Teilnehmeranschlussleitung gewährt wird. Auch beim vollständig entbündelten Zugang kann auf einen Interkonnektionstatbestand geschlossen werden. Zwar stehen hier die für die entbündelte Erbringung von Telefonie- und breitbandigen Datendiensten notwendigen Zusatzeinrichtungen (Splitter, DSLAM) im Eigentum der nachfragenden FDA. Der Teilnehmeranschluss steht aber im Eigentum der verpflichteten FDA. Er ist nicht nur eine Anlage, sondern umfasst gleichzeitig auch einen Dienst. In Art. 16 FMG, Art. 19 lit. a FDV ist der Anschluss ausdrücklich als Dienst bezeichnet. Da man auf dem Wege der Auslegung zum Schluss kommt, dass der in allen Entbündelungsarten im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehende Teilnehmeranschluss ein Fernmeldedienst ist, ist auch das fernmeldetechnische und logische Zusammenwirken von Anlagen und Diensten zu bejahen (vgl. dazu auch Rolf H. Weber in sic! 1/2002, S. 30 ff.). Zu demselben Ergebnis kam auch das deutsche Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 25. April 2001, in welchem die Entbündelungsverpflichtung der ehemaligen Monopolistin Deutsche Telekom AG (DTAG) mit einer entsprechenden Begründung höchststrichterlich festgestellt wurde (Urteil vom 25. April 2001 - 6 C 7/00; vgl. auch Thomas Tschentscher/ Tobias Bosch, „Diskriminierungsfreier Zugang zum ‚blanken Draht‘“, in: K&R 10/2001, S. 515 ff. sowie in: K&R 10/2001, S. 530 ff.: „DTAG muss Mitbewerbern den entbündelten Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen einräumen“).

E. 10

Im Verordnungsrecht sind sowohl der vollständig entbündelte (Art. 43 Abs. 1 aquinques FDV) als auch der gemeinsame Zugang zum Teilnehmeranschluss (Art. 43 Abs. 1 aquater FDV) aus- drücklich und eindeutig als Teil des Basisangebots, das die marktbeherrschende und somit zur Interkonnektion verpflichtete Anbieterin anbieten muss, geregelt. Nach dem Wortlaut des Fernmelderechts sind daher gemeinsamer Zugang und vollständig entbündelter Zugang Fälle der Interkonnektion.

1.2 Auslegung Der Wortlaut kann aber nicht immer allein massgeblich sein. Das Interkonnektionsrecht soll daher in der Folge noch ausgelegt werden. Dabei kommt gemäss der bundesgerichtlichen Praxis der Methodenpluralismus zur Anwen- dung (grammatikalische, systematische, historische und teleologische Auslegung). Aufgrund der vom Gesetzgeber angestrebten Europakompatibilität des Fernmelderechts und des vor allem in wirtschaftlich wichtigen Bereichen praktizierten autonomen Nachvollzugs von EU- Recht ist auch in der vorliegenden Entbündelungsfrage ein Blick auf das EU-Recht unab- dingbar. Ebenso müssen bei der Auslegungsfrage die relevanten staatsvertraglichen Rege- lungen berücksichtigt werden, d.h. die aus den GATS-Verträgen fliessenden Verpflichtungen. Das Bundesgericht hat den Begriff der Interkonnektion bereits in seinem Entscheid 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 in Sachen Commcare vs. Swisscom (nicht publiziert; nachfolgend: Commcare-Entscheid) ausgelegt. Im vorliegenden Entscheid erfolgt die Ausle- gung der anwendbaren Interkonnektionsnormen entsprechend diesem Commcare-Entscheid.

1.3 Grammatikalische und systematische Auslegung Bei der grammatikalischen und systematischen Auslegung wird der effektive Gesetzestext im Kontext des ihm zugrundeliegenden Erlasses interpretiert. Es wird auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch der Regelung abgestellt und diese im Zusammenhang mit ihrer Einbet- tung in ein Normenwerk analysiert. Bei der grammatikalischen Auslegung sind der Wortlaut, der Wortsinn und der Sprach- gebrauch der Ausgangspunkt für die Ermittlung des Sinns der Gesetzesnorm. Der Wortlaut gibt eine relativ deutliche Grenze für die möglichen Auslegungen der Norm wieder. Das Aus- legungsergebnis muss gemäss Bundesgericht dem „allgemeinen“ Sprachgebrauch entspre- chen. Wichtig ist gemäss Bundesgericht auch, welcher Sinn einer Bestimmung im Kontext zukommt (BGE 98 Ia 35, 39). Eine Bestimmung kann nicht alleine, sondern muss im Lichte eines zusammenhängenden Normenwerkes gesehen und gedeutet werden. Die systemati- sche Auslegung führt somit zu einem Auslegungsergebnis, das sich auf den Zusammenhang

E. 11

der auszulegenden Bestimmung mit anderen Bestimmungen des Gesetzeserlasses oder der Verfassung bezieht. Im Commcare-Entscheid hat das Bundesgericht bereits die Interkonnektionsvorschriften in FMG und FDV nach dem Wortlaut interpretiert: Nach Wiedergabe des Gesetzes- und Ver- ordnungstextes in E. 5b hat es in E. 5c erster Absatz zunächst den Gesetzeswortlaut inter- pretiert. Dabei hat es zurecht geschlossen, Interkonnektion setze die Verbindung von Anla- gen oder Diensten voraus. In den Absätzen zwei und drei von E. 5c hat es den damaligen Gesuchsgegenstand am damaligen Art. 32 Abs. 1 FDV gemessen. Die Buchstaben a, c und d behandeln andere Fälle als den damaligen Gesuchsgegenstand und fallen daher ausser Betracht. In den Buchstaben b und e wird die Verbindung von Diensten bzw. der Zugang zu Diensten geregelt. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass Übertragungsmedien keine Dienste seien und darum nicht unter lit. b oder e subsumiert werden können. Damit schliesst es mit der Auslegung am Wortlaut des Art. 32 FDV eine Interkonnektionspflicht für Übertra- gungsmedien aus. Im vorliegenden Fall ist daher entsprechend diesem Entscheid des Bundesgerichts als Aus-

legung des Wortlauts zugrunde zu legen, dass das FMG die Verbindung von Anlagen oder Diensten voraussetzt (ebenso Tomas Poledna, AJP/PJA 3/2002, Unbundling – Stolpersteine auf der „letzten Meile“, S. 328, 336). Damit ist also nur noch zu prüfen, ob allenfalls die FDV für den Gegenstand des vorliegenden Gesuchs die Verbindung von Diensten voraussetzt. Der Verordnungsgeber hat in Reaktion auf den Commcare-Entscheid die FDV in Art. 1 (insbesondere lit. d und e) und Art. 43 Abs. 1 (insbesondere lit. aquater und aquinquies) konkretisiert. Art. 43 Abs. 1 lit. aquater FDV behandelt den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss. Dieser wird in Art. 1 lit. d FDV definiert als „die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss der verpflichteten Fernmeldediensteanbieterin für die berechnigte Fernmeldediensteanbieterin in der Weise, dass die Nutzung des nicht für sprachgebundene Dienste genutzten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird, wobei die verpflichtete Betreiberin den Teilnehmeranschluss weiterhin für die Bereitstellung des Telefondienstes einsetzt“. Die FDV setzt also für den gemeinsamen Zugang keine Verbindung von Diensten voraus. Vielmehr setzt sie dafür voraus, dass die Nutzung des nicht für sprachgebundene Dienste genutzten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird, wobei die verpflichtete Fernmeldediensteanbieterin den Teilnehmeranschluss für die Bereitstellung des Sprachtelefondienstes nutzen kann. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Auch wenn beim gemeinsamen Zugang, wie unter Ziff. 1.1 gezeigt, eine Verbindung von Diensten

E. 12

stattfindet, ist dies aus den genannten Gründen nicht erforderlich, um den gemeinsamen Zugang als Fall der Interkonnektion zu erfassen. Art. 43 Abs. 1 lit. aquinquies FDV behandelt den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss. Dieser wird in Art. 1 lit. e FDV definiert als „die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss der verpflichteten Fernmeldediensteanbieterin für die berechnigte Fernmeldediensteanbieterin zu deren ausschliesslicher Nutzung“. Die FDV setzt also auch für den vollständig entbündelten Zugang keine Verbindung von Diensten voraus. Vielmehr setzt sie dafür voraus, dass der Zugang zum Teilnehmeranschluss bereitgestellt wird. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Zwar erfolgt beim vollständig entbündelten Zugang wie beim gemeinsamen Zugang gestützt auf die Ausführungen unter Ziff. 1.1 auch eine Verbindung von Diensten, was aber für die vorliegende Frage keine praktische Relevanz hat. Die Auslegung von Gesetz und Verordnung nach dem Wortlaut entsprechend der Commcare-Entscheidung kommt damit zum Ergebnis, dass die verlangten Zugangsformen von der Interkonnektionsregelung abgedeckt werden. Im vorliegenden Fall liegt nach grammatikalischer Auslegung sowohl beim gemeinsamen Zugang als auch beim vollständig entbündelten Zugang ein Interkonnektionstatbestand vor. Das Bundesgericht zieht bei seiner Beurteilung des Commcare-Falles das für das Verwaltungshandeln allgemein gültige Gesetzmässigkeitsprinzip heran. Demnach muss jedes Verwaltungshandeln auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage basieren. Dabei sind die Anforderungen an diese gesetzliche Grundlagen umso höher, je stärker ein Verwaltungsakt in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift. Die Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes würde im Lichte der bundesgerichtlichen Argumentation einen erheblichen Eingriff in die rechtliche, aber auch in die wirtschaftliche Situation der Gesuchsgegnerin darstellen. So könnte sie die sich bislang in ihrer alleinigen Verfügungsgewalt befindlichen Leitungen nicht bzw. nicht mehr ausschliesslich nutzen, müsste Zugang zu Grundstücken, Gebäuden und der Netzinfrastruktur gewähren (Kollokation) und hätte den Verlust ihrer aufgrund ihrer

Marktherrschaft gegenüber den anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten privilegierten Stellung hinzunehmen. Andererseits entschädigen die alternativen Anbieter Swisscom für die in Anspruch genommenen Netzelemente. Diese Entschädigungen decken sämtliche Kosten einer funktionierendem Wettbewerb ausgesetzten Anbieterin, auch den Kapitaldienst. Der Erfolg der Entbündelung des Teilnehmeranschlusses im Ausland und somit auch die Zahl von Anschlussleitungen, die von alternativen Anbietern betrieben werden, halten sich in Grenzen. Es ist nicht damit zu rechnen, dass in der Schweiz diesbezüglich ein eigentlicher

E. 13

Boom statt finden wird, wenn auch der Markt insgesamt davon profitieren wird. Es kann sogar der Fall eintreten, dass Swisscom von entbündelten Linien profitiert, weil der Grosshandelspreis (LRIC) über dem Einzelhandelspreis (historische Kosten, Grundversorgung) liegen könnte. Um der Mindestvoraussetzung der ausreichenden gesetzlichen Grundlage gerecht zu werden, müsste daher nach Auffassung des Bundesgerichts (Commcare-Entscheid, Erw. 7a) die Entbündelung der Anschlussleitungen mindestens in den Ausführungsvorschriften, d.h. in concreto in Art. 43 Abs. 1 FDV, explizit erwähnt sein. Ohne eine solche Erwähnung sei es der ComCom nicht erlaubt, das Basisangebot selbst zu interpretieren. Diese Erwähnung in den Ausführungsvorschriften hat der Verordnungsgeber in Reaktion auf diesen Entscheid nunmehr vorgenommen. So können die Fernmeldedienstanbieterinnen verlässlich feststellen, welche Dienste zu Interkonnectionsbedingungen zu erbringen sind, wie dies das Bundesgericht in seinem Commcare-Entscheid (E. 7a) gefordert hat. Die systematische Gesetzesauslegung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Commcare spricht demnach ebenfalls für die Subsumption der Anschlussentbündelung unter die geltenden Interkonnectionsbestimmungen. Das Bundesgericht führt im Commcare-Entscheid an, der Swisscom AG seien zum Ausgleich für die Sicherstellung der Grundversorgung Vorteile der ehemaligen Monopolistin belassen worden (E. 7d). Diese Einschätzung wurde schon während der in Art. 66 Abs. 1 FMG festgelegten Übergangszeit angegriffen. Tomas Poledna, Unbundling – Stolpersteine auf der „letzten Meile“, AJP/PJA 3/2002, S. 328, 337, Pierre-Yves Gunter/Maya Hertig, Mietleitungen und Übertragungsmedien fallen nicht unter das Interkonnectionsregime, medialex 1/2002, S. 42, und Rolf H. Weber, a.a.O., S. 30 verweisen zurecht darauf, dass ein derartiger Ausgleich nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sei. Dies ergibt sich ebenso aus der Botschaft vom 10.6.1996 zum revidierten FMG, BBl 1996 III 1405, 1418: „Der Entwurf strebt somit eine vollständige Marktöffnung an. Netz- und Telefonimonopol der Telecom PTT sollen aufgehoben werden“. Jedenfalls kann die bundesgerichtliche Wertung heute, nach Ablauf der Übergangszeit und nach Vergabe der Grundversorgungskonzession für die Jahre 2003 bis 2007 per Ausschreibung, keine Geltung mehr beanspruchen. Die geltende Grundversorgungskonzession wurde per Ausschreibung vergeben. Lasten der Grundversorgungskonzessionärin, die sich aus der Grundversorgung ergeben, sind nunmehr gemäss Art. 19 FMG geregelt. Es besteht damit definitiv kein Raum mehr für andere Zurechnungszusammenhänge. Am Rande sei ange-

E. 14

merkt, dass die Gesuchsgegnerin als Grundversorgungskonzessionärin für die Jahre 2003 bis 2007 keine Investitionsbeiträge gemäss Art. 19 FMG beantragt hat. 1.4 Historische Auslegung Im Rahmen der historischen Auslegung wird der Sinn einer Norm eruiert,

welchen ihr der Gesetzgeber beim Erlass beimass (subjektiv-historische Auslegung). Dazu kann u. a. auf Entwürfe, amtliche Berichte, Botschaften des Bundesrates, Protokolle der Ratsverhandlungen etc. abgestellt werden. Zusätzlich wird mit der objektiv-historischen Auslegung die Bedeutung einer Norm festgestellt, die ihr durch die allgemeine Betrachtung zur Zeit ihrer Entstehung gegeben wurde. Gleich wie im Gesetzestext selbst finden sich auch in den Materialien zur Fernmeldegesetzgebung keine expliziten Aussagen hinsichtlich einer allfälligen Subsumption der Entbündelung unter den Interkonnektionstatbestand. Daraus kann jedoch nicht ohne Weiteres auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers geschlossen werden. Ebenso einleuchtend ist die Interpretation, die Entbündelung sei gerade einer der Fälle, die in einer Rahmengesetzgebung nicht ausgeschlossen werden sollten. Auf die Interpellation Ehrler „Entbündelung des lokalen Zuganges“ (00.3139) hat der Bundesrat geantwortet: „Bei der Ausgestaltung des Fernmeldegesetzes (...) wurde bewusst darauf geachtet, ein Rahmengesetz zu schaffen, das die rasante Entwicklung der Telekommunikation nicht behindert. Aus diesem Grund wurde auch weitgehend darauf verzichtet, technologiespezifische Bestimmungen im Gesetz aufzunehmen. Entsprechend ist auch die Interkonnektionsregelung (...) ausgestaltet.“ Diese Antwort drückt die Vorstellung des Bundesrates aus, dass gestützt auf die Absicht, ein möglichst offenes und dadurch flexibles Interkonnektionsregime zu etablieren, auf eine explizite Regelung der Entbündelungsfrage im FMG bzw. in der FDV verzichtet worden sei. Der Telekommunikationsmarkt charakterisiert sich in der Tat u.a. durch seine Dynamik, seine Innovationsfreudigkeit und die Geschwindigkeit im Bereich der technischen Weiterentwicklung. Für das erfolgreiche Geschäften neuer FDA in einem derart bewegten Umfeld ist es unerlässlich, möglichst rasch und unkompliziert in die neuen Märkte eintreten zu können. Vor diesem Hintergrund musste sich der schweizerische Gesetzgeber im Telekommunikationsbereich tatsächlich auf eine Rahmengesetzgebung beschränken. Die ComCom teilt insofern die Meinung des Bundesgerichts, als aus der Ablehnung der parlamentarischen Initiative Theiler zur Entbündelung der „letzten Meile“, gerade wegen der hängigen Gerichtsverfahren zu diesem Zeitpunkt und wegen des für die Ablehnung ins Feld geführte Argument, dem Bundesgericht sei für seine Entscheidung nicht vorzugreifen (AB

E. 15

2000 N 1586 ff.), keine Aussage über die Absichten des Gesetzgebers bei Erlass des FMG gemacht werden kann. Im Commcare-Entscheid (E. 8c) untersucht das Bundesgericht die Botschaft zum FMG (BB1 1996 III 1425) im Hinblick auf Übertragungsmedien. Die Ausführungen der Botschaft zur Definition des Interkonnektionsbegriffs unterstreichen, dass der Interkonnektionspflicht je nach Fallkonstellation nicht immer Genüge getan ist, wenn Anlagen verbunden werden, sondern dass sie – dies aber je nach Bedarf der um Interkonnektion ersuchenden Fernmeldediensteanbieterin – auch die Verbindung von Diensten umfassen kann. Diese an den Bedürfnissen von neu in den Markt eintretenden Unternehmen orientierte Intention spricht auch aus dem Satz: „Marktneulinge sind meist darauf angewiesen, ihre Dienste ganz oder teilweise unter Inanspruchnahme der Übermittlungsdienste bisheriger Betreiberinnen anbieten zu können.“ (Botschaft zum FMG, a.a.O.) Dass Art. 3 lit. e FMG in jedem Falle die Verbindung von Anlagen und Diensten voraussetze, kann unter Berücksichtigung der aus diesen Ausführungen sprechenden Intentionen nicht abgeleitet werden. Es ist daher zu fragen, welchen Sinn der Verordnungsgeber den Art. 43 Abs. 1 aquater und aquinques FDV bei deren Erlass gab. Dieser Sinn ist in den Erläuterungen zur Verordnungsänderung wie folgt beschrieben:

„Mit den beiden klassischen Entbündelungsformen vollständig entbündelter und gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss erhält die berechnete Fernmeldediensteanbieterin physischen Zugang zum Anschlussnetz der verpflichteten Anbieterin. Sie kann zwecks Verbindung von Diensten eigene Fernmeldeanlagen an das Netz der verpflichteten Anbieterin anschliessen und erhält damit bezüglich der technischen und kommerziellen Ausgestaltung ihrer Dienstleistungen die grösstmögliche Freiheit, muss aber auch namhafte Investitionen tätigen, damit sie mit ihrem Netz bis zum Anschlussnetz der verpflichteten Anbieterin gelangt.“ (Erläuterungen zur FDV vom 28.2.2003, S. 2). Der Verordnungsgeber hat also gemäss den Erläuterungen zur FDV vom 28.2.2003 den vollständig entbündelten und den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss regeln wollen. Dem steht nicht entgegen, dass der Verordnungsgeber aufgrund politischer Erwägungen auch dem Parlament erneut die Gelegenheit geben wollte, das Interkonkurrenzregime gegebenenfalls neu zu ordnen. Der Entwurf für ein revidiertes Fernmeldegesetz sieht dementsprechend vor, den Anwendungsbereich der Interkonkurrenz einzuschränken und den Anwendungsbereich, der durch diese Einschränkung ungeregt wäre, dem neu einzuführenden Zugangsregime zu unterstellen (Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBl 2003, 7951, 7968 f.). Der Revisionsvorschlag bezweckt insbesondere eine umfassende systematische Neuordnung des Zugangs zu Einrichtungen und Diensten im weitesten Sinne. Der Bundesrat trägt damit der Kritik des Bundesgerichts Rechnung und verspricht sich vom neuen Zugangsregime mehr Flexibilität, um auf technische Entwicklungen rasch und

E. 16

adäquat reagieren zu können. Er bringt aber klar zum Ausdruck, dass der gemeinsame Zugang und der vollständig entbündelte Zugang bereits im geltenden Recht dem Interkonkurrenzregime unterstehen. Die historische Auslegung spricht daher für die Unterstellung von vollständig entbündeltem und gemeinsamem Zugang zum Teilnehmeranschluss unter die Interkonkurrenzregelung.

1.5 Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung stützt sich auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist. Wie bei der systematischen Auslegung geht es auch bei der teleologischen Auslegung darum, eine Norm nicht isoliert, sondern im Kontext mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers zu betrachten. Immer aber muss der Zweck in der Norm selbst enthalten sein. Im Commcare-Entscheid weist das Bundesgericht auf den Zusammenhang zwischen der Interkonkurrenzpflicht im Allgemeinen und deren negative Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft der Marktteilnehmer sowie die daraus resultierenden innovationshemmenden Wirkungen auf den Telekommunikationsmarkt insgesamt hin. Bei einer umfassenden und sämtlichen nicht marktbeherrschenden Unternehmen zu gute kommenden Interkonkurrenzpflicht könne – so das Bundesgericht im Commcare-Entscheid – unter Umständen die Investitionsbereitschaft des zur Interkonkurrenz verpflichteten Unternehmens leiden. Diese Gefahr bestünde insbesondere, wenn das verpflichtete Unternehmen gezwungen sei, die Infrastrukturkapazitäten zu erhöhen bzw. neue zu schaffen, für deren Benutzung jedoch lediglich kostenorientierte Preise verlangen dürfe. Soweit es um die Interkonkurrenz im Bereich der Grundversorgung gehe, könnten sich diese mit der Interkonkurrenzverpflichtung einhergehenden negativen Auswirkungen unter Umständen aus Gründen des öffentlichen Interesses rechtfertigen lassen, nicht jedoch wenn es um die Unterstellung von ausserhalb der Grundversorgung stehenden Angeboten unter die Interkonkurrenzpflicht gehe (vgl. Erw. 6b). Das Bundesgericht legt zudem besonderen Wert auf die Feststellung, dass die in der Schweiz

geltende Interkonnektionsregelung in den Zusammenhang der gesamten Wirtschaftsordnung zu stellen sei (vgl. Commcare-Entscheid E. 6c mit Literaturverweisen). Die Interkonnektionspflicht bilde lediglich eine besondere sektorische Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse. Diese Feststellung des Bundesgerichts enthält eine zweifache Aussage. Zum einen wird damit zumindest sinngemäss festgestellt, dass die Interkonnektionsbestimmungen dergestalt ausgelegt werden müssen, dass beispielsweise kartell- oder lauterkeitsrechtliche Grundsätze soweit als möglich und sinnvoll in die Entscheidungen der Regulierungsbehörde einzufließen haben. Zum anderen wird verdeutlicht, dass neben der spezifischen Fernmeldegesetzgebung das Kartell-, Lauterkeits- und Preisüberwachungsrecht einzeln und gesondert auf

E. 17

fernmelderechtliche Tatbestände anwendbar ist, und dass darum für ein Interkonnektionsregime nur ein beschränkter Platz besteht. Diese Argumentationslinie bedarf nach Meinung der ComCom einer Präzisierung. Ziel des Gesetzgebers war ein umfassender Wettbewerb insbesondere auf der Ebene der Fernmeldedienste. Hierzu stehen zwei Mittel zur Verfügung: Erstens der Infrastrukturwettbewerb. Zweitens, dort wo der Infrastrukturwettbewerb nicht funktioniert, das Interkonnektionsregime. Der Aufbau von Alternativinfrastrukturen ist gerade im Bereich der Teilnehmeranschlüsse aufgrund der geltenden Bau- und Bewilligungsvorschriften sowie der nötigen Investitionen und deren Amortisationsfähigkeit zeitlich und finanziell so aufwendig, dass er nicht profitabel erfolgen kann.⁷ Mit dem Interkonnektionsregime hat der Gesetzgeber daher einen Mechanismus zur Verfügung gestellt, der das angestrebte Ziel des umfassenden Wettbewerbs dort, wo der Infrastrukturwettbewerb nicht funktioniert, auch auf einem anderen Weg als dem des Infrastrukturwettbewerbs zu erreichen erlaubt. Für die nicht allen Wettbewerbern zur Verfügung stehenden Teile der Wertschöpfungskette, auf denen die Produkte aller Wettbewerber aufbauen („essential facilities“), wird funktionierender Wettbewerb durch das Interkonnektionsregime simuliert. Der Gesetzgeber erachtete es also als unabdingbar, sektorspezifisches Wettbewerbsrecht zu schaffen und hat damit gerade nicht auf das allgemeine Kartell-, Wettbewerbs- oder Preisüberwachungsrecht vertraut. Diese Meinung wurde bisher auch von der WEKO vertreten (vgl. RPW/DPC 1999/3 375 ff. [Swisscom; Angebot von Mietleitungen] und RPW/DPC 2001/1 75 ff. [xDSL-Dienste Swisscom]). Das allgemeine Kartell-, Wettbewerbs- oder Preisüberwachungsrecht kann nämlich nur bei prinzipiell gleicher Ausgangslage der Wettbewerber funktionierenden Wettbewerb sichern. Die Regulierung dient demgegenüber dazu, die Wirkung prinzipiell unterschiedlicher Ausgangslagen der Wettbewerber zu neutralisieren und so eine grundsätzlich gleiche Ausgangslage im Wettbewerb zu schaffen. Das Anschlussnetz ist das wichtigste Glied in der Kette zum funktionierenden Wettbewerb, insbesondere bei lokalen Telefonanrufen und im Breitband-Datenbereich. Wenn daher die Gesuchsgegnerin den Mitbewerbern den Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen verweigert, wird dies den neuen Marktteilnehmern die Möglichkeit nehmen, überhaupt auf dem nationalen Markt bei den vorgenannten Diensten in Wettbewerb zu treten, und sie müssten sich auf solche Märkte beschränken, auf denen es ihnen gelänge, Alternativnetze aufzubauen. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass alle diese alternativen Netze zusammen in absehbarer Zeit dem landesweiten Kupferkabelnetz der Gesuchsgegnerin gleichkommen und den gesamten Kundenkreis der alternativen Anbieterinnen bedienen können. Daher ist der Teilnehmeranschluss derzeit eine wesentliche Einrichtung, zu der die neuen Anbieterinnen Zugang erhal-

7 Dieser Sachverhalt wird als „natürliches Monopol“ bezeichnet.

E. 18

ten müssen, um unter fairen Bedingungen landesweit mit der Gesuchsgegnerin auf den genannten Märkten konkurrieren zu können. Die Entbündelung gäbe den neuen Anbieterinnen die Freiheit, innovative Dienste unabhängig von den Entscheidungen der Gesuchsgegnerin anzubieten. Sie würde es den neuen Anbieterinnen erlauben, ihre Kunden direkt mit neuen und auf die Bedürfnisse dieser Kunden zugeschnittenen Dienstleistungen bedienen zu können und eine wesentliche Preissenkung im Sprachtelefoniebereich und im Breitband-Datenbereich zur Folge haben. Die Entbündelung würde also zu einer weiteren Stimulierung des Wettbewerbs führen und hätte damit positive Effekte auf den Wirtschaftsstandort Schweiz und die schweizerische Volkswirtschaft (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 FMG). Zusammenfassend ist zu folgern, dass der Gesetzgeber den wichtigsten Teil des Infrastrukturmärktes nicht ausklammern wollte. Die Subsumption der Entbündelung der Teilnehmeranschlusssleitung unter die Interkonnektionsbestimmungen stimmt daher mit dem vom Gesetzgeber mit der Interkonnektion verfolgten Zweck überein. Auch die Überlegungen des Bundesgerichts betreffend die Investitions- und innovationshemmenden Auswirkungen der Interkonnektion werden von der ComCom nicht geteilt. Ein Blick nach USA, Deutschland und Dänemark zeigt, dass auch nach Einführung der Entbündelungspflicht ins Festnetz und insbesondere ins Anschlussnetz investiert wurde. In den USA wurde die Entbündelungsverpflichtung im Telecommunications Act 1996 per Gesetz eingeführt. AT&T hat von 1998 bis 2000 jährlich 12 Milliarden Dollar investiert, und der Grossteil dieser Investitionen wurde für Infrastruktur im Anschlussnetz getätigt. Zu dieser Zeit war die Entbündelungspflicht bereits in Kraft. Die alternativen Anbieterinnen („Competitive Local Exchange Carriers“, CLEC) haben zusammen zwischen 1998 und 2002 mehr als 65 Milliarden Dollar in die Infrastruktur des Anschlussnetzes investiert⁸. Zwischen Dezember 1999 und Juni 2003 ist die Zahl der eigenen Anschlussleitungen derselben CLECs von 2.7 auf 6.3 Millionen gestiegen.⁹ Im Weiteren hat die Entbündelungspflicht nicht verhindert, dass das Investitionsvolumen der Regional Bell Operating Companies (marktbeherrschende Anbieterinnen im Anschlussnetz) stetig gestiegen ist. Parallel haben auch die Kabelnetzbetreiber massiv investiert.¹⁰

⁸ Association for Local Telecommunications Services (alts), The State of Local Competition 2003, April 2003, S. 10. Siehe www.alts.org. ⁹ FCC, Federal Communications Commission Releases Data on Local Telephone Competition, 22. Dezember 2003, S. 6. ¹⁰ Alts 2003 (Fn. 8), S. 10-11.

E. 19

In Europa hat Deutschland am meisten entbündelte Teilnehmeranschlusssleitungen (1'144'000 entbündelte Leitungen, Stand 1. Juli 2003).¹¹ Die Deutsche Telekom musste ihren Konkurrenten bereits 1998 die vollständige Entbündelung und den gemeinsamen Zugang gewähren, was sie nicht davon abhielt, in ihr eigenes Netz zu investieren, um ihren Kunden innovative Dienste anzubieten und die eigene Marktstellung zu festigen. Im Jahr 2000 hat die Deutsche Telekom mehr als 3 Milliarden US Dollar in ihr Festnetz investiert¹², im Jahr 2001 beliefen sich die Investitionen auf 6 Milliarden Euro und im Jahr danach auf über 3 Milliarden Euro¹³. Neben Deutsche Telekom investieren auch alternative Ortsnetzbetreiber (Hansenet, NetCologne und KomTel) massiv in eigene Infrastruktur, wie Deutsche Telekom selber in ihrem Finanzbericht festhält.¹⁴ Bei

internationalen Vergleichen bezüglich der Fortschritte zur Informationsgesellschaft schneidet Dänemark jeweils ausgezeichnet ab.¹⁵ Obwohl in Dänemark die Entbündelungspflicht seit Juli 1998 in Kraft ist, erfreut sich die etablierte Anbieterin TDC einer guten finanziellen Gesundheit und verfügt über eine starke Marktposition. In den Jahren 2000 bis 2002 investierte TDC jährlich über 600 Millionen CHF in ihr Festnetz und beendete im Jahr 2002 den Netzausbau für Breitbanddienste.¹⁶ Wie oben ausgeführt gibt es keine Beweise für einen generellen negativen Einfluss der Entbündelungspflicht auf die Investitionsbereitschaft.¹⁷ Im Gegenteil, die Tatsache, dass Konkurrenten investieren und Wettbewerbsdruck ausüben, vermag das Tempo für Innovationen und somit auch für Investitionen offenbar zu beschleunigen. In der Schweiz verpflichtet die Grundversorgungskonzession deren Inhaberin, den Telefondienst sicherzustellen. Auf Grund dieser Konzession muss Swisscom die nötigen Investitionen vornehmen, damit alle Bewohnerinnen und Bewohner in besiedelten Gebieten über einen Hausanschluss verfügen können. Im Weiteren unterliegt die Grundversorgungskonzessionärin einer Reihe von Qualitätsanforderungen. Um diese zu erfüllen, muss sie ihr Festnetz unterhalten. Aber auch ohne Grundversorgungskonzession ist davon auszugehen,

11 Neunter Bericht über die Umsetzung des EU-Reformpakets für elektronische Kommunikation, Anhang 1, S. 58. 12 OECD, The Development of Broadband Access in OECD Countries, DSTI/ICCP/TISP(2001)2/FINAL, Paris, 29. Oktober 2001, S. 16. 13 Deutsche Telekom, Form-20 Bericht 2002, S. F-56. 14 Deutsche Telekom, Form-20 Bericht 2002, S. 26. 15 Beispielsweise im Digital Access Index 2002 der ITU, wo Dänemark an zweiter Stelle der 178 betrachteten Länder rangiert; http://www.itu.int/newsroom/press_releases/2003/30.html. 16 TDC, Form-20 Bericht 2002, S. 41 und F-21. 17 Siehe anstelle vieler: OECD, The Development of Broadband Access in OECD Countries, DSTI/ICCP/TISP(2001)2/FINAL, Paris, 29. Oktober 2001, S. 16.

E. 20

dass Swisscom alle notwendigen Investitionen vornehmen würde, da eine Verschlechterung der Qualität negative Auswirkungen auf alle Benutzer ihres Netzes hätte und Image-Schäden mit sich brächte. In Bezug auf die Bereitstellung von Breitbanddiensten hat die etablierte Anbieterin ein offensichtliches Interesse daran, zu investieren. Sie möchte Marktanteile gewinnen und die eigene Position so schnell als möglich in einem Marktsegment sichern, das Margen erlaubt und ermöglicht, erlittene Umsatzeinbussen beim Telefondienst zu kompensieren. Auch die Gesuchsgegnerin verhält sich entsprechend. Laut eigener Aussage kann sie bereits heute 95% der Schweizerischen Bevölkerung mit Breitbanddiensten versorgen und hat sich somit einen entscheidenden Vorteil gegenüber den Kabelnetzbetreibern verschafft.¹⁸ In Bezug auf die Endkundenanzahl hat Swisscom die Kabelnetzbetreiber in der zweiten Jahreshälfte 2003 im Eilschritt überholt. Dadurch hat sich die Gesuchsgegnerin bereits eine sehr gute Ausgangslage im Breitbandmarkt verschafft. Auch bei einer Verpflichtung zum gemeinsamen und zum vollständig entbündelten Zugang hätte die Gesuchsgegnerin Investitionsanreize, da es ungewiss ist, welche Endkunden eine alternative Anbieterin wählen werden. Die Gesuchsgegnerin hat weiterhin ein Eigeninteresse daran, für alle Kunden qualitativ hoch stehende Dienste anzubieten. Sie kann es sich nicht erlauben, die Qualität in ihrem Netz zu vernachlässigen. Denn selbst nach dem Verlust von Kunden besteht für die Gesuchsgegnerin die Möglichkeit, Kunden mit innovativen Produkten und attraktiven Preisen zurückzugewinnen. Beizufügen ist, dass neue Markteintreter ebenfalls in neue Anlagen investieren müssen, damit sie innovative

Dienste anbieten und neue Kunden gewinnen können. Neue Anbieterinnen haben heute keine Möglichkeit, das Anschlussnetz der Gesuchsgegnerin zu nutzen und auf dessen Basis selbständig neue und innovative Dienste zu entwickeln und anzubieten. Wollen alternative Anbieterinnen Dienste anbieten, die von der Gesuchsgegnerin nicht unterstützt werden, bleibt ihnen nur der Aufbau einer in den meisten Fällen von vornherein unrentablen eigenen Infrastruktur. Könnten alternative Anbieterinnen dagegen zu kostenbasierten Preisen und nicht diskriminierenden Bedingungen auf entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen zurückgreifen, könnten sie ihre Kunden über das bestehende Anschlussnetz bedienen. Die Investitionsanreize hängen schlussendlich auch von den Preisen für die Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens ab. Die Preise werden nach der LRIC (long run incremental costs) Methode berechnet, die dafür sorgt, dass das etablierte Unternehmen für seine Vorleistungen wie bei funktionierendem Wettbewerb entschädigt wird und die alternativen Anbieterinnen genügend Anreize behalten, in eigene Netz-

18 Swisscom, Form-20 Bericht 2002, S. 56.

E. 21

infrastruktur zu investieren, wenn es rentabel ist. Von einer Pflicht zur Gewährung des gemeinsamen und des vollständig entbündelten Zugangs ist aus diesen Gründen eine Hemmung von Investition und Innovation nicht zu erwarten. Die teleologische Auslegung der fernmelderechtlichen Interkonnectionsnormen führt daher zum Ergebnis, dass eine Subsumption der Entbündelungsverpflichtung unter das geltende Recht dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Ziel entsprechen würde.

1.6 Europarechtskonforme Auslegung

In einem Bereich, in dem die internationale Standardisierung und Legiferierung und somit die Notwendigkeit der internationalen Kompatibilität nationaler Regelungen einen besonders ausgeprägten Stellenwert einnimmt, darf sich die Frage nach dem Gehalt einer nationalen Regelungsnorm nicht alleine auf die herkömmlichen Auslegungsmethoden beschränken. Vielmehr hat die Beantwortung strittiger Interpretationsfragen auch unter Berücksichtigung der geltenden EU-Regelung zu erfolgen. Die Schweiz ist kein Mitglied der EU. Weder für die Mitgliedstaaten verbindliche Rechtsakte wie Richtlinien und Verordnungen, noch unverbindliche Erlasse wie Empfehlungen, Leitlinien oder Mitteilungen haben einen zwingenden Einfluss auf die schweizerische Gesetzeslage und –praxis. Mit anderen Worten müssen die für die Mitgliedstaaten geltenden Regeln in der Schweiz weder auf einer völkerrechtlichen Verpflichtung basierend umgesetzt noch – falls es sich um die direkt anwendbaren Verordnungen handelt – direkt angewendet werden (vgl. dazu Olivier Jacot-Guillarmod, *Traces de droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, in: G. C. Rodriguez Iglesias/O. Due/R. Schintgen/C. Elsen, *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos, Baden-Baden 1999, S. 216 ff.; so auch Thomas Cottier/Krista N. Schefer, *The relationship between World Trade Organization law, national and regional law*, in: *Journal of international economic law* 1/1998, S. 88 ff.). Jedoch besteht zwischen der Schweiz und der EU eine intensive politische, kulturelle und wirtschaftliche Verflechtung. Eine solche Verflechtung, bei welcher der Anpassungsbedarf bedingt durch den ungleichen wirtschafts- und machtpolitischen Stellenwert der beiden Parteien auf Seiten der Schweiz liegt, kann nicht ohne Folgen auf die schweizerische Rechtslandschaft bleiben. Im Rahmen des autonomen Nachvollzugs des EU-Rechts ist die Schweiz seit Jahren bemüht, gewisse Anpassungen des schweizerischen Rechts bzw. der schweizerischen Rechtsauslegung und –anwendung

vorzunehmen, das Schweizer Recht eurokompatibel auszugestalten. Bereits anfangs der 90-er Jahre haben die Swisslex-Vorlagen gezeigt, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit der rechtlichen Integration der Schweiz in der EU mittels Rechtsharmonisierung erkannt hat (zum Begriff der Kompatibilität mit dem europäischen Recht vgl. Bruno Spinner/Daniel Maritz, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirt-

E. 22

schaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Schulthess, Zürich 1999, S. 127 ff.). Aus handelspolitischen Gründen und unter Berücksichtigung der umfassenden Telekom-Liberalisierung innerhalb der EU wurde die Notwendigkeit einer mindestens europäischen Rechtsharmonisierung im Bereich des Fernmeldewesens erkannt und im Rahmen des FMG weitgehend umgesetzt. So wurden nicht zuletzt in der Voraussicht und im Willen, Rechtentwicklungen innerhalb der EU auch in der Schweiz nachvollziehen bzw. auf dem Markt umsetzen zu können, relevante Begriffe im geltenden FMG wo nötig so neutral wie möglich formuliert: „Wo die Europäische Union noch keine Regelungen getroffen hat, wurde der Entwurf so ausgestaltet, dass die künftige Rechtsentwicklung der Union – wie sie nach bisheriger Erfahrung zu erwarten ist – weitest möglich ohne Änderung des Gesetzes nachvollzogen werden kann“ (Botschaft, a.a.O., S. 1473). Insbesondere sollte dem Verordnungsgeber die Möglichkeit eröffnet werden, „die Übereinstimmung mit dem Recht der Union auch bei nicht vorhersehbaren Entwicklungen zu erreichen“ (Botschaft, a.a.O., S. 1473). Zu diesen offenen, anpassungsfähigen und auslegungsbedürftigen Regelungen ist auch die Interkonnectionsregelung zu zählen. Aus dieser grundsätzlichen Feststellung ist jedoch nicht ohne weiteres zu schliessen, dass die innerhalb der EU geltende rechtsverbindliche Entbündelungsverpflichtung, welche sich auf die VO 2887/2000 stützt, unter die offen formulierte schweizerische Interkonnectionsregelung zu subsumieren ist. Das Bundesgericht hat im Commcare-Entscheid ausgeführt, es obliege einzig dem Gesetz- oder Verordnungsgeber durch Anpassung der entsprechenden Bestimmungen (nicht aber der Kommunikationskommission als Vollzugsbehörde), den allenfalls erforderlichen oder wünschbaren Nachvollzug anzuordnen (E. 9b a.E.). Der Verordnungsgeber hat mit Wirkung vom 1. April 2003 den gemeinsamen und den vollständig entbündelten Zugang ausdrücklich in der FDV geregelt. Die Erläuterungen vom 28.2.2003, S. 2, stellen klar: „Hinsichtlich der in Art. 1 Bst. c – e gewählten Definitionen und der systematischen Einordnung der verschiedenen Zugangsformen orientieren sich die vorgeschlagenen Bestimmungen am europäischen Recht.“ Im gleichen Sinne steht auf S. 1 der Erläuterungen zu Art. 1 Bst. c – e: „Terminologie und Inhalt des schnellen Bitstrom-Zugangs sowie der beiden Formen der Entbündelung orientieren sich grundsätzlich am geltenden europäischen Recht und bedeuten Folgendes:(...)“. Die Erläuterungen zitieren zum gemeinsamen und zum vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss jeweils die entsprechenden Teile der VO 2887/2000 (Art. 2 lit. g f). Der Verordnungsgeber hat damit das entsprechende europäische Recht autonom nachvollzogen.

E. 23

Für das Bundesgericht ist klar, dass sich ein expliziter Verweis auf die relevante EU-rechtliche Regelung im Bereich der Interkonnection bzw. Entbündelung des Anschlussnetzes aufdrängt, was sich auch aus dem Umstand ergebe, dass die Entbündelungspflicht für das zur Interkonnection verpflichtete marktbeherrschende

Unternehmen im Normalfall teilweise schwerwiegende rechtliche und ökonomische Folgen nach sich ziehe (z.B. beschränkte Nutzungsmöglichkeiten eigener Netzinfrastruktur, Kollokation etc.). Derartige Eingriffe in die Rechts- und Marktstellung einer natürlichen oder juristischen Person bedürfen nach Auffassung des Bundesgericht und in Würdigung des Vorstehenden einer expliziten Grundlage auf Gesetzes- bzw. Verordnungsstufe. Diese explizite Grundlage hat der Bundesrat mit der Änderung der Fernmeldediensteverordnung vom 1. April 2003 in Art. 1 lit. d, e und Art. 43 Abs. 1 lit. aquater, aquinques eingeführt. Er hat damit das europäische Recht im Bereich der Entbündelung, gerade auch aufgrund der Interpretation des Bundesgerichts, dass eine solche Regelung erforderlich sei, autonom nachvollzogen. Damit gilt die Entbündelungspflicht auch nach der europarechtskonformen Auslegung. 1.7 Völkerrechtskonforme Auslegung Art. 5 Abs. 4 BV bestimmt: „Bund und Kantone beachten das Völkerrecht“. Alle Staatsorgane haben daher im Rahmen ihrer Zuständigkeiten darauf zu achten, dass das Völkerrecht in Rechtsetzung und Rechtsanwendung respektiert wird (Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf, 2002, Art. 5 Rz. 40 m.w.N.). Das am 1. Januar 1996 in Kraft getretene Dienstleistungsabkommen GATS (General Agreement on Trade in Services, SR 0.632.20, S. 313 ff., AS 1995 S. 2418 ff.) bildet einen integralen Bestandteil des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO). Das GATS ist, neben dem Warenhandelsabkommen und dem Abkommen über das geistige Eigentum, einer der drei Pfeiler der Welthandelsorganisation. Es ist grundsätzlich auf alle Dienstleistungssektoren und auf alle Erscheinungsformen des internationalen Dienstleistungsgeschäfts anwendbar und besteht aus einem Rahmenabkommen, mehreren Anhängen sowie aus den Verpflichtungs- und den Ausnahmelisten der Mitglieder. Die für den Fernmeldemarkt geltenden Regeln sind im „Anhang über Telekommunikation“ (SR 0.632.20, S. 351 ff.) festgehalten. Die Verpflichtungslisten der Mitglieder bestimmen zusammen mit den nationalen Befreiungen von der Meistbegünstigungspflicht die konkreten Marktzugangsrechte für ausländische Dienstleistungserbringer (Botschaft GATT, BBl 1994 IV, S. 243). Bei der Verpflichtungsliste handelt es sich um eine einseitige, völkerrechtliche Verpflichtungserklärung.

E. 24

Am 5. Februar 1998 ist das 4. Protokoll betreffend den Anhang zu den Verhandlungen über Basis-Telekommunikationsleistungen des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (SR 0.632.20, S. 356 f., AS 1998 S. 2049 ff.) in Kraft getreten. Diesem 4. Protokoll ist eine präzise Liste über spezifische Verpflichtungen ("Verpflichtungsliste") mit Anhang beigefügt. Dies ist im Übrigen der einzige Bereich des WTO-Rechts mit sektorspezifischen Wettbewerbsbestimmungen. Im Bereich Interkonnektion resp. Entbündelung im Anschlussnetz verpflichtet sich die Schweiz zu Folgendem: „Das Zusammenschalten mit einem Hauptanbieter muss an jedem technisch durchführbaren Punkt im Netz sichergestellt werden. Diese Zusammenschaltung wird wie folgt bereitgestellt: a) zu nichtdiskriminierenden Bedingungen (einschliesslich technischer Normen und Spezifikationen) und Entgelten sowie in einer Qualität, die nicht schlechter ist als diejenige, die er für eigene gleiche Dienstleistungen oder für gleiche Dienstleistungen nichtverbundener Anbieter von Dienstleistungen oder seinen Tochterunternehmen oder sonstigen verbundenen Unternehmen gewährt; b) rechtzeitig zu Bedingungen (einschliesslich technischer Normen und Spezifikationen) und kostenorientierten Entgelten, die transparent, angemessen, wirtschaftlich realistisch und ausreichend entbündelt sind, sodass der Anbieter nicht für Netzelemente oder -einrichtungen zu zahlen braucht, die er für

die zu erbringende Dienstleistung nicht benötigt, und c) auf Ersuchen zusätzlich an anderen Punkten als den Netzabschlusspunkten, die dem überwiegenden Teil der Nutzer angeboten werden, zu Entgelten, die die Bereitstellungskosten für die notwendigen zusätzlichen Einrichtungen widerspiegeln.“ Die Verpflichtungsliste wurde nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht. Bei der hier wiedergegebenen Version handelt es sich um eine Übersetzung der französischen Originalfassung ("Suisse – Liste d'engagements spécifiques"). Unter dem zur Interkonnektion verpflichteten Hauptanbieter wird u. a. derjenige verstanden, der die Kontrolle über die wesentlichen Einrichtungen ausübt. Der Begriff "wesentliche Einrichtungen" bedeutet Einrichtungen eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes und -dienstes, die ausschliesslich oder überwiegend von einem einzigen Anbieter oder einer begrenzten Anzahl von Anbietern von Dienstleistungen bereitgestellt und die zur Erbringung einer Dienstleistung weder wirtschaftlich noch technisch durchführbar ersetzt bzw. dupliziert werden können (vgl. Begriffsbestimmungen der Verpflichtungsliste). Die Zusammenschaltung muss an jedem technisch durchführbaren Punkt im Netz sichergestellt werden, also auch im Anschlussnetz. Die Entbündelungspflicht der letzten Meile ist somit in dieser Verpflichtungsliste enthalten.

E. 25

Schliesslich sind nach der Zielsetzung des "Annex on Telecommunications" die Zugangsmöglichkeiten für konkurrierende Wettbewerber möglichst weitgehend zu schaffen, um dem Wettbewerb zum Durchbruch zu verhelfen (vgl. Rolf H. Weber, Entbündelung im Fernmeldemarkt, sic! 4/2000, S. 339). Im Hinblick auf die Zielsetzungen des GATS-Übereinkommens (Abbau der Marktzutrittsbarrieren, diskriminierungsfreier Zugang und Nutzung der öffentlichen Telekommunikationsnetze) ist auch die Entbündelung der letzten Meile als Gegenstand von Ziff. 2 der Verpflichtungsliste zu betrachten (a.A. Gutachten Andreas Kley, Beilage zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 24. September 2003, S. 27 – 33). Auch die völkerrechtskonforme Auslegung des Fernmelderechts gebietet die Einbeziehung des gemeinsamen Zugangs und des vollständig entbündelten Zugangs ins Interkonnektionsregime.

1.8 Fazit

Der Anspruch auf Interkonnektion gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG umfasst den gemeinsamen Zugang und den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1, Art. 3 lit. e FMG und Art. 43 Abs. 1 aquater, aquinques, Art. 1 lit. d und e FDV. Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Geschichte, Zweck und Vereinbarkeit mit europäischem Recht und Völkerrecht.

2 Verfassungsmässigkeit der Interkonnektionspflicht, insbesondere der Zugangspflicht

Dass gemeinsamer Zugang und vollständig entbündelter Zugang Fälle der Interkonnektion sind, wurde gerade festgestellt. Diese Zugangsverpflichtung ist nun auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen. Für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der Zugangsverpflichtung kann offen bleiben, ob die Gesuchsgegnerin sich auf die Grundrechte berufen kann, da Art. 11 Abs. 1 FMG Pflichten an die Marktbeherrschung knüpft. Zwar ist prinzipiell gerade im Hinblick auf den Übergang vom Monopolregime zum Marktregime eine Zugangsregulierung nötig. Sie schafft erst die Basis für ein Marktregime, das den Markteintritt von Wettbewerbern ermöglicht. Es stünde diesem Markteintritt nämlich ohne die Zugangsverpflichtung eine hohe Markteintrittsbarriere entgegen: neue Anschlussnetze wären in Konkurrenz zu denen aus Monopolzeiten aufzubauen. Die Notwendigkeit zum Aufbau derartiger Anschlussnetze in gleicher Kapillarität wie die bestehenden Anschlussnetze ist nicht nur eine Markteintrittsbarriere. Ein solcher Zwang zum Aufbau wäre auch volkswirtschaftlich unerwünscht. Die Verpflichtung in Art. 11 Abs.

1 FMG gilt aber für alle marktbeherrschenden FDA, nicht nur für die Ex-Monopolistin.

E. 26

Bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der Zugangsverpflichtung ist daher zunächst ebenfalls an die Marktbeherrschung anzuknüpfen. Genauso wie die Frage, ob die Gesuchsgegnerin sich auf Grundrechte berufen kann, kann auch die Frage offen bleiben, ob und inwieweit sich Grundversorgungskonzessionärinnen bei der Erfüllung ihrer Konzessionsaufgaben auf die Grundrechte, etwa die Wirtschaftsfreiheit, berufen können. Die Zugangsverpflichtung knüpft nämlich nicht an Grundversorgungsaufgaben an, sondern an eine Marktbeherrschung. Sie könnte also auch solche Unternehmen betreffen, die zwar marktbeherrschend, aber nicht Grundversorgungskonzessionärinnen sind.

E. 27

Schwerwiegende Einschränkungen der Eigentumsgarantie müssen gemäss Art. 36 Abs. 1, Satz 2 BV im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ein solcher schwerer Eingriff liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts „in der Regel vor, wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen wird oder wenn durch Verbote und Gebote der bisherige oder künftig mögliche bestimmungsgemässe Gebrauch des Grundstücks verunmöglicht oder stark erschwert wird“ (BGE 109 Ia 188, 190 f.). Die Rechtsprechung hat als schweren Eingriff beispielsweise betrachtet (Beispiele und Nachweis: Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 607): Den Entzug von Eigentumsrechten; die Umzonung von der Bauzone in die Nichtbauzone; ein umfassendes Bauverbot auf einem eingezonten, erschlossenen und für die bauliche Nutzung geeigneten Grundstück; die Aufhebung eines Gestaltungsplans, der die Überbauung eines Grundstücks ermöglicht hatte; die schwerwiegende zeitweise Einschränkung einer Zufahrt. Als nicht schweren Eingriff: Vorschriften über die Maximalgrösse von Einkaufszentren; die Festsetzung eines Mindestwohnanteils für Neubauten; die Verpflichtung, die äussere Hülle eines Gebäudes zu erhalten; ein Verbot der Errichtung von Wohnbauten ohne Schallschutz in der Zone C eines luftfahrtrechtlichen Lärmzonenplanes; eine Nutzungseinbusse von rund einem Drittel infolge einer Baulinie. Der gemeinsame Zugang zum Teilnehmeranschluss beinhaltet für den Eigentümer eine Beschränkung des Eigentumsrechts: Sofern er für das Grosshandelsangebot von Teilnehmeranschlüssen marktbeherrschend ist, muss der Eigentümer anderen Anbieterinnen ein Grosshandelsangebot für die Nutzung eines Teiles des Frequenzspektrums (desjenigen Teils, der nicht für Sprachtelefonie reserviert ist und der daher für Datendienste genutzt werden kann) machen. Dieses Angebot muss er zu kostenorientierten Preisen machen, also zu Preisen, wie sie bei funktionierendem Wettbewerb unter Grosshandelsanbietern von Teilnehmeranschlüssen zu erwarten wären. Ähnliches gilt für den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss. Hier muss der Eigentümer den anderen Anbieterinnen ein Angebot für die Nutzung des gesamten Frequenzspektrums machen. Dies beinhaltet eine stärkere Beschränkung des Eigentumsrechts als beim gemeinsamen Zugang. Die Interkonnectionspflicht betreffend den gemeinsamen und den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss gilt zwar bei Marktbeherrschung für das gesamte Anschlussnetz. Die Pflicht der Eigentümerin zum Vertragsschluss mit den anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten bezieht sich aber nur auf diejenigen Teile des Anschlussnetzes, bei denen die Teilnehmer die Datendienste (beim gemeinsamen Zugang) bzw. alle Fernmeldedienste (beim vollständig entbündelten Zugang) von einer anderen Anbieterin von Fernmeldediensten erhalten möchten. Gemäss der europäischen Erfahrung betrifft dies nur einen relativ geringen

Prozentsatz des Anschlussnetzes. Das übrige Anschlussnetz kann die Eigentümerin weiterhin für ihre eigenen Fernmeldedienste nutzen. Der Teilnehmer kann die

E. 28

Fernmeldedienste jederzeit wieder von der Eigentümerin beziehen. Zudem ist auf lange Sicht denkbar, dass neue Technologien den Zugang zum Fernmeldedienste-Teilnehmer z.B. über die Luft oder über das Stromnetz ermöglichen könnten. In diesem Fall würde eine eventuell bestehende Marktbeherrschung im Anschlussnetz weniger wahrscheinlich. Im Vergleich zu den von der Rechtsprechung aufgestellten, bereits zitierten Kriterien für den schweren Eingriff (ein schwerer Eingriff liegt „in der Regel vor, wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen wird oder wenn durch Verbote und Gebote der bisherige oder künftig mögliche bestimmungsgemässe Gebrauch des Grundstücks verunmöglicht oder stark erschwert wird“, BGE 109 Ia 188, 190 f.) ist der Eingriff vorliegend weniger weitgehend: Weder wird das Eigentum am Anschlussnetz, wie in BGE 109 Ia 188, 190 f. als Kriterium genannt, zwangsweise entzogen, noch wird sein bestimmungsgemässer Gebrauch verunmöglicht oder stark erschwert. Auch im Vergleich zu den obengenannten Beispielfällen ist die Wirkung der Interkonnectionsverpflichtung auf das Anschlussnetz nicht als ein schwerer Eingriff in das Eigentum an diesem Anschlussnetz zu werten. So ist er etwa nicht schwerer als eine Nutzungseinbusse von einem Drittel infolge einer Baulinie, denn die Nutzungseinbusse für das Anschlussnetz aufgrund der Interkonnection dürfte nicht höher als ein Drittel ausfallen. Der Eingriff durch die Interkonnectionsverpflichtung ist auch nicht schwerer als Vorschriften über die Maximalgrösse von Einkaufszentren, als die Festsetzung eines Mindestwohnanteils für Neubauten, als die Verpflichtung, die äussere Hülle eines Gebäudes zu erhalten, oder als ein Verbot der Errichtung von Wohnbauten ohne Schallschutz in der Zone C eines luftfahrtrechtlichen Lärmzonenplanes. Zugleich ist der vorliegende Eingriff nicht ebenso schwer wie ein umfassendes Bauverbot auf einem eingezonten, erschlossenen und für die bauliche Nutzung geeigneten Grundstück, wie die Aufhebung eines Gestaltungsplans, der die Überbauung eines Grundstücks ermöglicht hatte, oder wie die schwerwiegende zeitweise Einschränkung einer Zufahrt. Daher beinhaltet weder der gemeinsame noch der vollständig entbündelte Zugang zum Anschlussnetz einen schweren Eingriff ins Eigentum (a.A. Andreas Kley, Entbündelung per Express: Die gesetzliche Grundlage der vom Bundesrat angeordneten Entbündelungspflicht des Fernmelde-Anschlussnetzes, sic! 11/2003, S. 883). Er muss also nicht gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV im Gesetz selbst vorgesehen sein. Die Eigentumsgarantie verbietet gemäss Art. 36 BV gleichzeitig („Bestandesgarantie“) allen staatlichen Organen, konkrete Eigentumsrechte zu beschränken, sofern die Einschränkung nicht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist.

E. 29

Die mit der Interkonnectionspflicht verbundene Einschränkung des Eigentumsrechts muss gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage erfolgen. Dies soll die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit gewährleisten. Die Rechtssicherheit wird durch die genügende Bestimmtheit einer Norm gewährleistet, damit die Bürgerinnen und Bürger ihr Verhalten nach den vorhersehbaren Folgen richten können (BGE 117 Ia 480; 109 Ia 284). Zur Beantwortung der Frage, was unter einer genügenden gesetzlichen Grundlage zu verstehen ist, ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zurückzugreifen: „Das Legalitätsprinzip verlangt u.a. eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Das Erfordernis der Bestimmtheit steht im

Dienste des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung (...) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte darf das Gebot nach Bestimmtheit rechtlicher Normen indes nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Der Bestimmtheitsgrad hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (...).“ Dass der gemeinsame und der vollständig entbundene Zugang zum Teilnehmeranschluss als Formen der Interkonnektion anzusehen sind, wurde bereits festgestellt. Die erforderliche Bestimmtheit muss aufgrund der vom Bundesgericht genannten Kriterien festgelegt werden. Die Komplexität der Materie sowohl in technischer als auch in ökonomischer Hinsicht ist extrem gross. Ebenso ist die im Einzelfall erforderliche Entscheidung sehr schwer vorherzusehen, da das Fernmeldewesen gegenwärtig epochale Umwälzungen in einem Bruchteil der Zeit verarbeiten muss, die dafür noch vor 50 Jahren unabdingbar gewesen wäre (diese Tatsache ist so augenfällig, dass sie – obwohl sie vor allem die Fachwelt betrifft – bereits ins öffentliche Bewusstsein gedrungen ist), und zugleich weltweit unterschiedliche Anlagen der verschiedensten Anbieterinnen mit unterschiedlichen Diensten zusammenwirken müssen. Die Normadressaten sind die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, also die Spezialisten des Fernmeldewesens. Die Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte ist insofern gering, als es in der Schweiz nur einige hundert (konzessionierte) Anbieterinnen von Fernmeldediensten gibt. Im konkreten Fall ist die Vielfalt der immer wieder neu auftauchenden und zu klärenden technischen und ökonomischen Fragen aber sehr gross. Alle diese Aspekte des Normge-

E. 30

genstands erlauben in ihrer Gesamtheit nur eine sehr unbestimmte Regelung der Interkonnektion. Diesen geringen Anforderungen werden schon allein Art. 11 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 lit. e FMG gerecht. Insbesondere gilt dies aber für diese Regelungen in Verbindung mit den sehr weit gehenden Konkretisierungen in Art. 1 (insbesondere lit. d und e) und Art. 43 Abs. 1 (insbesondere lit. aquater und aquinques) FDV. Eine Beschränkung des Eigentums ist gemäss Art. 36 Abs. 2 BV nur im öffentlichen Interesse oder zum Schutz der Grundrechte Dritter zulässig. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass grundsätzlich jedes öffentliche Interesse geeignet sei, einen Eingriff in die Eigentums-garantie zu rechtfertigen, sofern das angestrebte Ziel nicht gegen andere Verfassungsnormen verstösst (BGE 111 Ia 93, 98). Ausgeschlossen sind einzig rein fiskalische Interessen. Die Beschränkung des Eigentums durch den gemeinsamen und den vollständig entbündelten Zugang dient dazu, den Markt für Fernmeldedienste vom Monopol nicht nur grundsätzlich in ein Wettbewerbsregime, sondern in funktionierenden Wettbewerb zu überführen. Der Wettbewerb soll gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG auch wirksam sein. Die angestrebten Folgen von Wettbewerb gehen aus der Literatur hervor: „Bereits diese wenigen Hinweise machen deutlich, dass Wettbewerb für Unternehmer eine anstrengende Situation ist. Denn um im Wettbewerb zu bestehen, muss man stets innovativ sein; nur so ist es möglich, Angebote mit einem Preis-Leistungs-Verhältnis anzubieten, das stets besser ist als jenes der

Angebote anderer Konkurrenten. Dies erklärt, weshalb viele Unternehmer den Wettbewerb durch Kartellbildung oder Konzentration beschränken wollen“ (Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 1). Das mit dem Interkonnektionsregime angestrebte Ziel geht aus der Botschaft zum heutigen Artikel 11 FMG hervor: „Die Interkonnektion zwischen Fernmelde- diensten ist für die Sicherstellung der Kommunikationsfähigkeit und den Zugang zu Dienst- leistungen 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 alle Teilnehme- rinnen und Teilnehmer am Fernmeldeverkehr miteinander kommunizieren. Sämtliche aus- ländischen 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.“ (Botschaft, a.a.O., Artikel 10). Der funktionierende Wettbe- werb wiederum bezweckt, wie aus Art. 1 FMG hervorgeht, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hochstehende und konkurrenzfähige Fernmelde- dienste angeboten werden. Zudem dient die Beschränkung des Eigentums durch den gemeinsamen und den vollständig entbündelten Zugang noch einem weiteren Zweck: Sie soll eine volkswirtschaftlich uner-

E. 31

wünschte Duplizierung von Infrastruktur verhindern. Markus Ruffner (Die EG-Harmonisierungs- und Liberalisierungsrichtlinien – Blaupause und Regelungsstandard für das schweizerische Telekommunikationsrecht am Beispiel der Interkonnektion, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl [Hrsg.], Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Schulthess, Zürich 1999, S. 414-415): „Interkonnekti- on kann als eigentliches „Herzstück“ eines wettbewerblichen Telekommunikationsmarktes betrachtet werden, das neuen Marktteilnehmern den Zugang zu Endnutzern sichert und da- mit die Basis für die Entwicklung neuer Dienste und ein nachhaltiges Marktwachstum schafft. Mit der Interkonnektion wird das Ziel verfolgt, die Interoperabilität im Sinne einer „any-to-any communication“ zu sichern. Interkonnektion soll es neuen Anbietern ermöglichen, Zugang zu der bestehenden Netzinfrastruktur zu erhalten. Damit lässt sich die bestehende Netzinfra- struktur optimal nutzen und ausbauen, während gleichzeitig duplizierende Investitionen ver- mieden werden können.“ Das Interkonnektionsregime besteht also im öffentlichen Interesse an vielfältigen, preiswer- ten, qualitativ hochstehenden und konkurrenzfähigen Fernmeldediensten und an der Ver-meidung volkswirtschaftlich unerwünschter Duplizierung von Infrastruktur. Diese wichtigen öffentlichen Interessen legitimieren einen Eingriff in die Eigentumsrechte der Verpflichteten. Der mit dem Interkonnektionsregime verbundene Eingriff in konkrete Eigentumsrechte muss verhältnismässig sein. Das Interkonnektionsregime hat, wie soeben erwähnt, zwei Ziele: die Herstel- lung von funkti- onierendem Wettbewerb und die Vermeidung volkswirtschaftlich unerwünschter Duplizierung von Infrastruktur. Das Interkonnektionsregime fördert die Erreichung dieser Ziele, ist also zu ihrer Erreichung geeignet. Weniger einschneidende Mittel, die diese Ziele gleich gut errei- chen, sind schwer vorstellbar: Das Interkonnektionsregime räumt, anders als etwa die in der EU geltende Regelung, der Einigung der Anbieterinnen untereinander auf dem Verhand- lungswege den Vorrang gegenüber der behördlichen Regelung von Amtes wegen ein. Es zielt zudem genau auf diejenigen Zugangsformen, die jeweils erforderlich sind, um die Vor- aussetzungen

dafür zu schaffen, dass die von den Teilnehmern gewünschten Fernmelde- dienste (seien das nur die Datendienste oder alle Fernmeldedienste) von allen Anbieterinnen erbracht werden können. Zuletzt ist auch die Mittel-Zweck-Relation bzw. Interessenabwägung nicht zu beanstanden: Das Interkonnektionsregime nimmt marktbeherrschenden Unternehmen ihre über funktionierende Marktverhältnisse hinausgehenden Vorteile, nämlich die Möglichkeit, Produkte teurer zu verkaufen, als dies bei funktionierendem Markt der Fall wäre, sowie die Möglichkeit, derartige Produkte, auf die die Konkurrenz angewiesen ist, gar nicht anzubieten. Der Eingriff erfolgt nur auf Antrag der unter dieser Marktbeherrschung leidenden Konkurrentinnen. Er führt dazu, dass für die Konkurrenz ein funktionierender Markt simuliert

E. 32

wird. Insbesondere beim gemeinsamen und beim vollständig entbündelten Zugang ist auch noch zu beachten, dass der Eingriff im konkreten Fall nur den Teil der Teilnehmeranschlüssen betrifft, bei dem die Teilnehmer die Anbieterin von Fernmeldediensten wechseln wollen, dass aber der Nutzen für die alternativen Anbieterinnen darin besteht, dass sie auf Interkonnektionsleistungen basierende attraktive Endprodukte allen Teilnehmern anbieten können. Insgesamt steht ein gewichtiges und berechtigtes Interesse der Wirtschaft im Allgemeinen, der Bevölkerung und der nicht marktbeherrschenden Anbieterinnen von Fernmelde- diensten am Interkonnektionsregime einem weniger gewichtigen Interesse der marktbeherrschenden Anbieterinnen von Fernmeldediensten gegenüber. Das Interkonnektionsregime ist daher verhältnismässig. Wie bereits festgestellt, ist das Interkonnektionsregime kein schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie. Eine gemäss Art. 26 Abs. 2 BV entschädigungspflichtige materielle Enteignung liegt vor bei schweren Eingriffen in die Eigentumsgarantie und bei Sonderopfern. Da kein schwerer Eingriff vorliegt, kann eine materielle Enteignung nur in dem Fall vorliegen, dass „ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde“ (BGE 106 Ia 369 E2a S. 372). Es ist also zu fragen, ob das Interkonnektionsregime für Einzelne zu einem derartigen Sonderopfer führt. Denkbar wäre eine besondere Betroffenheit derjenigen Anbieterin, die bereits als Monopolistin ein vollständiges Anschlussnetz aufgebaut hat und die darum zu Beginn des Marktregimes eine grosse Gefahr läuft, für derartige Netze als marktbeherrschend eingeordnet zu werden. Dieses Anschlussnetz wurde aber mit dem Ziel aufgebaut, die fernmeldetechnische Versorgung der gesamten Bevölkerung zu sichern. Zu seiner Finanzierung wurden die Gebühren aller Fernmeldeteilnehmer verwendet. Vor der Gründung der Swisscom war die Telecom PTT und damit die Schweizerische Eidgenossenschaft Eigentümerin und dinglich Berechtigte der von ihr betriebenen Anlagen. Gemäss Art. 21 Abs. 1 TUG führt die Swisscom die Anstaltsteile der PTT-Betriebe, welche Fernmelde- und Rundfunkdienste erbringen, mit ihrer Errichtung weiter. Mit Inkrafttreten des TUG am 1. Januar 1998 übernahm die Swisscom die Aktiven und Passiven der Anstaltsteile, die sie nach Art. 21 Abs. 1 TUG weiterführt (Art. 23 Abs. 1 TUG). Damit übernahm die Swisscom von den Telecom PTT auch das Eigentum und andere dingliche Rechte an den bundeseigenen Fernmeldenetzen sowie den dazugehörigen Einrichtungen. Das Eigentum am Anschlussnetz hatte also unter dem Monopolregime einen besonderen Bezug zur Allgemeinheit: Es war durch Gebühren finanziert und stand dem Staat zu. Wenn es jetzt unter dem Marktregime einem Privatunternehmen zusteht, erscheint es nicht als gegenüber der Allgemeinheit unzumutbares Opfer, wenn seine Nutzung im Interesse des

Funktionierens dieses Marktregimes

E. 33

zur Ermöglichung des Übergangs in ein funktionierendes Marktregime eingeschränkt wird. Ohne dieses Opfer würde nämlich die oben ausgeführte Motivation für die Einführung eines Marktregimes nicht erreicht werden können: „Bereits diese wenigen Hinweise machen deutlich, dass Wettbewerb für Unternehmer eine anstrengende Situation ist. Denn um im Wettbewerb zu bestehen, muss man stets innovativ sein; nur so ist es möglich, Angebote mit einem Preis-Leistungs-Verhältnis anzubieten, das stets besser ist als jenes der Angebote anderer Konkurrenten. Dies erklärt, weshalb viele Unternehmer den Wettbewerb durch Kartellbildung oder Konzentration beschränken wollen“ (Roger Zäch, a.a.O.). Das Marktregime würde nämlich ohne dieses Opfer für Ex-Monopolistinnen nie eine „anstrengende Situation“ darstellen, da sie einen uneinholbaren Vorteil gegenüber neu in den Markt eintretenden Unternehmen hätten. Es ist also kein ungerechter Zufall, dass gerade Anbieterinnen, die bereits zu Monopolzeiten Anschlussnetze aufgebaut haben, vom Interkonnektionsregime betroffen sein können; ein Eingriff ohne Enteignungsentschädigung ist mit der Rechtsgleichheit vereinbar.

E. 34

den daher als grundsatzwidrig bezeichnet (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 656). Das Interkonnektionsregime könnte einerseits als grundsatzwidriger Eingriff zu qualifizieren sein (dann müsste es in der Bundesverfassung vorgesehen sein), andererseits als grundsatzkonform (dann müsste es in der Bundesverfassung nicht vorgesehen sein). Das Interkonnektionsregime bezweckt nicht die Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Es dient einerseits der Sicherstellung der Kommunikationsmöglichkeit zwischen allen Nutzern von Fernmeldediensten. Andererseits bezweckt es gerade, das Funktionieren des Wettbewerbs sicherzustellen. Zu diesem Zweck kann die ComCom Interkonnektionsentscheide treffen, die einen funktionierenden Wholesalemärkte für Interkonnektionsleistungen simulieren. Das Interkonnektionsregime stützt damit die Marktwirtschaftsordnung. Es verfolgt, ebenso wie kartellrechtliche Bestimmungen, das Ziel eines trotz Marktbeherrschung funktionierenden Marktes. Staatliche Eingriffe zur Erhaltung eines funktionierenden Marktes (z.B. kartellrechtliche Bestimmungen) können grundsatzkonforme Massnahmen sein (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 657). In dieselbe Richtung weist die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, Sonderdruck, zu Art. 94 der geltenden BV, S. 296: „Massnahmen, die den Wettbewerb unter privaten Wirtschaftssubjekten verzerren oder ganz verunmöglichen und somit den Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität beeinträchtigen, sind indessen nur zulässig, wenn eine Verfassungsvorschrift, d.h. eine von Volk und Ständen gutgeheissene Norm, dazu ermächtigt.“ Klaus Valender, St. Galler Kommentar, Zürich, Basel, Genf 2002, zu Art. 27 BV, N 40: „Freilich sind Eingriffe, die den freien Marktzutritt gewährleisten – sei es gegenüber dem Staat (BGBM) oder gegenüber Privaten (KG) – nicht als grundsatzwidrig zu qualifizieren. Das ergibt sich aus dem freiheitsfördernden Zweck dieser Massnahmen. Nach herkömmlicher Methode gelangt man zu dieser Auffassung aufgrund teleologischer Reduktion.“ Das Interkonnektionsregime ist unter Zugrundelegung dieser Ansicht grundsatzkonform. Selbst wenn man das Interkonnektionsregime entgegen den obigen Darlegungen als grundsatzwidrige Bestimmung ansehen wollte, wäre eine derartige Bestimmung aber von der Bundesverfassung vorgesehen. Denn Art. 96 BV verpflichtet den

Gesetzgeber, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen, sowie Massnahmen zu treffen zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts. So „nimmt der Verfassungsgeber mit Art. 96 auch bereits eine verbindliche Abwägung zwischen dem privaten Grundrechtsinteresse an

E. 35

möglichst uneingeschränkter wirtschaftlicher Betätigung und dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb vor.“ (Reto Jacobs, St. Galler Kommentar, Zürich, Basel, Genf 2002, zu Art. 96 BV, Rz. 7). Zudem bestimmt Art. 92 BV, das Post- und Fernmeldewesen sei Sache des Bundes. Abgesehen von den Vorgaben, die sich aus der allgemeinen Zwecksetzung des Bundes ergeben (vgl. Art. 2 BV), enthält speziell Art. 92 Abs. 2 BV materielle Vorgaben an den Gesetzgeber. So sorgt der Bund für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Fernmeldediensten in allen Landesgegenden, und die Tarife werden nach einheitlichen Grundsätzen festgelegt. Dies würde nach allgemeiner Meinung sogar ein Bundesmonopol ermöglichen (Herbert Burkert, St. Galler Kommentar, Zürich, Basel, Genf 2002, zu Art. 92 BV, Rz. 5, Gutachten Andreas Kley, Beilage zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 24. September 2003, S. 23). Das Bundesgericht führt in BGE 125 II 293, 303 aus: „Für jegliche Fernmeldedienste gilt das Fernmelderegale gemäss Art. 36 BV weiterhin (vgl. BBl 1996 III 1474), da dieses bei der Revision des Fernmelderechts nicht berührt wurde. Damit ist die Handels- und Gewerbefreiheit von Fernmeldeunternehmen bereits von Verfassungs wegen eingeschränkt (René Rhinow, in Kommentar BV, Rz. 135 f. zu Art. 31; Rhinow/Schmid/Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, § 7, Rz 26 f.). Die Bundesverfassung sieht ein Monopol vor, dessen Umsetzung und Begrenzung letztlich der Gesetzgeber zu regeln hat (Barrelet, a.a.O., Rz. 261 ff.; MARTIN LENDI, in Kommentar Bv, Rz 2 ff. und 15 ff zu Art. 36; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., §28, Rz. 87; ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 8 f.).“ Daraus, dass die Bundesverfassung das Fernmelderegale als grundsatzwidrige Massnahme erlaubt, lässt sich mit dem Gutachten Andreas Kley, Beilage zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 24. September 2003, S. 23, a maiore ad minus schliessen, dass auch viel weniger tief in die Wirtschaftsfreiheit eingreifende Massnahmen von der Bundesverfassung gedeckt sind. Die Wirtschaftsfreiheit darf ansonsten unter denselben Voraussetzungen wie andere Grundrechte eingeschränkt werden. Erforderlich sind eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse, und die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit müssen gewahrt sein. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wurde bereits im Rahmen der Eigentumsgarantie geprüft und bejaht. Hierauf kann auch für die Wirtschaftsfreiheit verwiesen werden.

E. 36

wiegende Einschränkungen von Grundrechten“ im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV entsprechen (ebenso Karin Sutter-Somm, St. Galler Kommentar, Zürich, Basel, Genf 2002, zu Art. 164 BV, Rz. 10). Eine gesonderte Betrachtung von Art. 164 BV erübrigt sich daher.

E. 37

keine solchen Vollziehungsabkommen dar. Sie haben somit den Rang eines Bundesgesetzes und gelten automatisch und direkt im innerstaatlichen Bereich. Die Wirksamkeit des internationalen Rechts im innerstaatlichen Bereich hängt neben der bereits erwähnten Vorrangsfrage auch wesentlich davon ab, ob sich Einzelne vor dem Richter direkt auf staatsvertragliche Normen berufen können (vgl. dazu auch Daniel Würger, Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglichen Rechts, in: Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, S. 103 ff.). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist das dann der Fall, "wenn die Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden; die Norm muss mithin justiziabel sein, die Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressat der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein" (BGE 124 III 90). In Bezug auf die Verpflichtungsliste sind die Bestimmungen zur Entbündelung der letzten Meile inhaltlich bestimmt und klar und können auch Grundlage eines Entscheides bilden, da sie Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben. Der Hauptanbieter wird verpflichtet, an jedem technisch durchführbaren Punkt im Netz die Interkonnektion sicherzustellen, und zwar zu nichtdiskriminierenden Bedingungen und Entgelten sowie in einer bestimmten Qualität, etc.. Zusätzlich hat der Hauptanbieter die Interkonnektion auf Ersuchen an anderen Punkten als den Netzabschlusspunkten, die dem überwiegenden Teil der Nutzer angeboten werden, zu Entgelten, die die Bereitstellungskosten für die notwendigen zusätzlichen Einrichtungen widerspiegeln, bereitzustellen. Auch der Grundsatz, dass einem neu eintretenden Marktteilnehmer keine Kosten aufgebürdet werden dürften für Infrastruktur, die er nicht benutzt, ist ein weiterer Hinweis auf die justiziable Klarheit und Detailliertheit der entsprechenden Bestimmung. Zwar hält das Bundesgericht in BGE 125 II 293 fest: "Das allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (...) enthält zwar auch Regeln für den Fernmeldemarkt. Indessen verpflichtet es lediglich die Signatarstaaten, das heisst es schafft keine unmittelbar anwendbaren Rechte, auf die sich Fernmeldeunternehmen berufen könnten". Hierzu ist aber zu bemerken, dass sich diese Aussage des Bundesgerichtes auf das GATS-Abkommen und seinen Anhang über Telekommunikation bezieht und nicht auf die darüberhinausgehenden spezifischen Verpflichtungen der Schweiz in der Verpflichtungsliste. Zudem hält die bundesrätliche Botschaft zum GATT/WTO Übereinkommen fest, dass die unmittelbare Anwendbarkeit für gewisse Bestimmungen der einzelnen Abkommen nicht ausgeschlossen werden kann, was von Fall zu Fall zu beurteilen sei (Botschaft GATT, a.a.O., S. 418). In der Lehre wird von einer unmittelbaren Anwendung der GATT/WTO-Bestimmungen gesprochen (vor allem DANIEL THÜRER, WTO-Teilordnung im System des Völker- und Europarechts, in: Gatt 94 und die Welthandelsorganisation, Zürich 1996, S. 56 ff.).

E. 38

Berücksichtigt man neben der gegebenen Justiziabilität der Normen der Verpflichtungsliste auch subjektive Gesichtspunkte, nämlich den Parteiwillen der Schweiz im Rahmen der GATS-Verhandlungen, so kommt man zum gleichen Schluss. Der Vorbehalt der Schweiz betreffend den Anhang zum Dienstleistungsabkommen, das am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist, wurde deshalb angebracht, weil zu diesem Zeitpunkt der heimische Fernmeldemarkt noch nicht ausreichend liberalisiert war. Erst mit Inkrafttreten des neuen Fernmeldegesetzes am 1. Januar 1998 konnte die Verpflichtungsliste ohne Vorbehalt am 5. Februar 1998 in Kraft gesetzt werden. Die Schweiz erachtete somit die rechtlichen Grundlagen ab 1. Januar 1998 als genügend, um auch Verpflichtungen gemäss der Verpflichtungsliste einzugehen. Es war somit ihr Wille, die Verpflichtungen der

Verpflichtungsliste als direkt anwendbar zu erachten, soweit nicht innerstaatliches Recht die gleiche Materie im gleichen Umfang regelt. Im Commcare-Entscheid, in welchem die Frage nach der direkten Anwendbarkeit der GATS- Telekomregeln ebenfalls zu beurteilen war, verweist das Bundesgericht zunächst auf seine bisherige Rechtsprechung. Gemäss dieser Rechtsprechung hat es bisher abgelehnt, aus den GATS-Regeln über die Telekommunikation unmittelbar anwendbare Rechte abzuleiten, auf welche sich die FDA direkt berufen könnten (vgl. Commcare-Entscheid Erw. 9 c). So hielt das Bundesgericht in BGE 125 II 293 fest, dass die im GATS enthaltenen Regeln betreffend den Telekommarkt lediglich die Signatarstaaten verpflichteten. Dies bedeute, dass diese Regeln den FDA gegenüber keine unmittelbaren rechtlichen Wirkungen entfalten würden. Das Bundesgericht kam im Commcare-Entscheid zum Schluss, dass die Frage, ob daran in dieser absoluten Form festzuhalten sei, im konkreten Fall offen bleiben könne, da die für die Schweiz relevanten GATS-Regeln ohnehin keinen subjektiven Anspruch auf Entbündelung der Anschlussleitung verleihen würden. Das Bundesgericht beurteilt das GATS-Recht als zu vage, um daraus eine auf Mietleitungen und Übertragungsmedien bezogene Entbündelungs- verpflichtung für marktbeherrschende Unternehmen abzuleiten. In der Literatur wurde diese Entscheidung, die Frage nach der direkten Anwendbarkeit der GATS-Telekomregeln offenzulassen und gleichzeitig das GATS-Recht als zu vage für eine direkte Anwendbarkeit zu bezeichnen, kritisiert. Es wurde darauf verwiesen, der Anhang zur Verpflichtungsliste für die Schweiz zwingt den Gesetzgeber dazu, das nationale Fernmel- derecht so auszugestalten, dass Interkonnektion an jedem technisch möglichen Punkt, d.h. auch im Bereich des Anschlussnetzes verlangt werden kann, und zwar so ausreichend ent- bündelt, dass nachfragende Anbieter nicht für Anlagen zahlen müssen, die sie nicht benöti- gen. (Christoph Beat Graber, „Lost Highway“ – Bleibt KMU der Zugang zur Breitbandkom- munikation verbaut?, Jusletter 16. Juni 2003, Rz 29 - 37; Tomas Poledna, Unbundling – Stolpersteine auf der „letzten Meile“, ALP/PJA 3/2002, S. 339).

E. 39

Es besteht bereits im schweizerischen Recht eine ausreichende Grundlage für den gemeinsamen Zugang und den vollständig entbündelten Zugang. Es ist aber auch von der direkten Anwendbarkeit der in Ziffer 2 der Verpflichtungsliste im Anhang über Telekommunikation enthaltenen völkerrechtlichen Entbündelungspflicht auszugehen.

(...)

Aus diesen Gründen wird verfügt:

Es wird festgestellt, dass sowohl der gemeinsame als auch der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss Anwendungsfälle der Interkonnektion sind, dass diese bei den Interkonnektionsdienste von marktbeherrschenden Anbieterinnen gemäss den Bedingungen von Art. 11 Abs. 1 FMG angeboten werden müssen, und dass für deren Unterstellung unter das Interkonnektionsregime eine genügende gesetzliche Grundlage besteht.

(...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.