

## «Lost Highway» – Bleibt KMU der Zugang zur Breitbandkommunikation verbaut?

### Wege zur Marktöffnung nach schweizerischem und internationalem Recht

Christoph Beat Graber<sup>1</sup>

#### Inhaltsverzeichnis

##### Einleitung

1. Die Entbündelung der letzten Meile nach geltendem Recht
  - 1.1. Technische und wirtschaftliche Grundlagen
  - 1.2. Entbündelung nach geltendem Fernmelderecht der Schweiz
  - 1.3. Bietet das Kartellgesetz Hand zur Entbündelung?
    - 1.3.1. Letzte Meile als «essential facility»?
    - 1.3.2. Verhältnis zwischen Art. 7 KG und Art. 11 FMG
  - 1.4. Zwischenfazit für das Schweizer Recht de lege lata
2. Kann das WTO-Recht den KMU helfen?
3. Was unternimmt die EG, um KMU den Zugang zur Breitbandkommunikation zu erleichtern?
4. Entbündelung de lege ferenda im Schweizer Recht
  - 4.1. Die Änderung der Fernmeldedienstverordnung vom März 2003
  - 4.2. Das Problem der gesetzlichen Grundlage
5. Schluss

##### Literaturverzeichnis

#### Einleitung

Die *Dot com*-Branche befindet sich im Jammertal. Die Hoffnung, dass sich aus dem Zusammenwachsen von Telekommunikations- und Mediengeschäft rasch ein neuer Wirtschaftszweig mit tragender Bedeutung für die Volkswirtschaft herausbilde, wurde enttäuscht. Wirtschaftsanalytiker prophezeien, dass der Aufschwung im Bereich *Medien über Internet* so lange gebremst werde, als der Ausbau des breitbandigen «Datenhighways» – als Voraussetzung inno-

---

<sup>1</sup> Der Autor dankt Patrik Ducrey, Michael Girsberger, Helen Keller, Mira Nenova und Matthias Ramsauer für Anregungen und Kritik. Der Stiftung Mercator Schweiz sei für die Finanzierung des Forschungsprojektes gedankt, aus dem diese Studie hervorgegangen ist. Redaktionsschluss für diesen Text war der 31. März 2003; später erfolgte Änderungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung konnten folglich nicht mehr berücksichtigt werden.

vativer Multimediadienste – nicht vorankomme.<sup>2</sup> Als Flaschenhals erweist sich diesbezüglich die «letzte Meile», d.h. das Telefonortsnetz zwischen dem Anschluss individueller Teilnehmer (in Wohnungen oder Büros) und der Ortszentrale einer Fernmeldediensteanbieterin (FDA). KMU und Private, für die Glasfaserkabel keine ökonomisch tragbare Variante darstellen können, sind somit darauf angewiesen, dass ihnen auf der «letzten Meile» die etablierte FDA – in der Schweiz also *Swisscom* – eine schnelle Verbindung zu den Endkunden einrichtet. Mit der Forderung nach «Entbündelung der letzten Meile» bringen die alternativen FDA zum Ausdruck, dass sie ausschliesslich für jene Netzkomponenten und Dienste der *Swisscom* bezahlen wollen, die sie zur Erbringung ihrer eigenen Fernmeldedienste auch tatsächlich benötigen. Die davon zu erwartende Verbilligung des Zugangs zum Datenhighway ist die Voraussetzung dafür, dass KMU im Bereich nachgelagerter Märkte neue Geschäftsmodelle entwickeln und dem Breitbandmarkt zum Wachstum verhelfen können.

In der Praxis stossen solche Projekte indessen auf den Widerstand der *Swisscom*, die sich heftig dagegen wehrt, Entbündelungsbegehren alternativer FDA gutzuheissen. Sie begründet ihre Haltung mit dem Hinweis auf ihre Eigentumsrechte an der Netzinfrastruktur, die Wirtschaftsfreiheit, die negativen Investitionsanreize, die ein entbündelter Zugang der Konkurrenz zu den Teilnehmeranschlüssen schaffen würde, sowie auf ihren Grundversorgungsauftrag. Auch die Rechtsprechung scheint sich den Anliegen alternativer FDA zu verschliessen. Die Kommunikationskommission (ComCom) wies am 5. Februar 2002 ein Entbündelungsgesuch der *TDC Switzerland AG* (Sunrise) ab.<sup>3</sup> Die ComCom machte in ihrer Verfügung deutlich, dass sie angesichts des Bundesgerichtsurteils i.S. *Commcare c. Swisscom* vom November 2001 nicht anders entscheiden konnte.<sup>4</sup> In jenem Fall hatte das Bundesgericht der FDA *Commcare* den entbündelten Zugang zu Mietleitungen und Übertragungsmedien der

<sup>2</sup> Vgl. European Information Technology Observatory 2003 (<http://www.eito.com/Press-rel/press-rel-10.html>, besucht am 26.2.2003); OECD, Access and Local Competition, DSTI/CCP/TISP(2002)2, Paris 2002, 5 (zitiert nach BAKOM, 2002: Wirtschaftliche Auswirkungen der Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes, Studie vom 30. Mai 2002, verfügbar unter: <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/grundlagenundkonsultation/konsultationen/fmg-revision/11.pdf>); The Economist, Special Report. The Telecoms Crisis, 20. Juli 2002, 59; WIK consult, 2002: Stand des Schweizer Telekommarktes im internationalen Vergleich, publiziert am 22. Mai 2002 unter [www.bakom.ch](http://www.bakom.ch), insbesondere 86–89.

<sup>3</sup> Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 5. Februar 2002 in Sachen *TDC Switzerland AG c. Swisscom AG*, verfügbar unter: [http://www.fedcomcom.ch/comcom/d/decisions/decisions\\_home.html](http://www.fedcomcom.ch/comcom/d/decisions/decisions_home.html).

<sup>4</sup> A.a.O., Erwägungen 2.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3.

*Swisscom* mit einer Begründung verweigert,<sup>5</sup> aus der geschlossen werden musste, dass das Bundesgericht weder im Fernmeldegesetz (FMG)<sup>6</sup> noch in der Fernmeldediensteverordnung (FDV)<sup>7</sup> eine genügende gesetzliche Grundlage erkannte, um die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses den Interkonktionsregeln zu unterstellen.<sup>8</sup> Über *Commcare* ist inzwischen der Konkurs eröffnet worden.<sup>9</sup>

Das bundesgerichtliche Urteil ist von Kreisen der Rechtswissenschaft, der Wirtschaft und der Politik teilweise heftig kritisiert worden.<sup>10</sup> Herauszuheben ist der Vorwurf, das Bundesgericht habe sich hinter einer für das Fernmelde-recht unsachgemäss strengen Auslegung des Legalitätsprinzips versteckt, um damit die *Swisscom* vor dem Verlust von Monopolrenten zu schützen. Damit aber werde die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes an einer entscheidenden Stelle abgeblockt und ein wirtschaftlicher Aufschwung unnötig gebremst. Mit diesem Entscheid verpasse die Schweiz in einer wichtigen Frage den Anschluss an die Entwicklung im Fernmelderecht der Europäischen Gemeinschaft (EG). Kritik kam auch aus dem Ausland: Der amerikanische Handelsbeauftragte (*United States Trade Representative*, USTR) warf der Schweiz in seinem Bericht vom 3. April 2002 vor, ihren aus dem Dienstleistungsabkommen (*General Agreement on Trade in Services*, GATS) fließenden Verpflichtungen im Telekommunikationssektor in Fragen des entbündelten Zugangs zu Mietleitungen nicht nachzukommen.<sup>11</sup> Dieser Vorwurf ist um so brisanter, als die USA in einem ähnlich gelagerten Fall unlängst in der WTO ein Verfahren gegen Mexiko eingeleitet haben.<sup>12</sup> Auf Begehren der

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu im Einzelnen den Abschnitt 1.2 und die dazugehörenden Fussnoten.

<sup>6</sup> SR 784.10.

<sup>7</sup> SR 784.101.1.

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 und 2A.505/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. *Commcare* AG c. *Swisscom* AG.

<sup>9</sup> Vgl. Stellungnahme der ComCom zur Vernehmlassung betreffend die Vorlage «Änderungen des FMG und der Ausführungsbestimmungen» vom 14. Oktober 2002, 2 (verfügbar unter: [http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/grundlagenundkonsultation/modification\\_ltc/05\\_autres\\_organisations/38.pdf](http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/grundlagenundkonsultation/modification_ltc/05_autres_organisations/38.pdf); besucht am 27.2.2003).

<sup>10</sup> Für eine juristische Kritik vgl. anstatt aller Tomas Poledna, 2002: Unbundling – Stolpersteine auf der «letzten Meile», in: AJP 3/2002, 328–339.

<sup>11</sup> Office of the United States Trade Representative, USTR 2002 Review of Telecom Trade Agreements Highlights Compliance Concerns in the EU, Japan, Mexico, And Switzerland, Press Release, 3. April 2002 (verfügbar unter: <http://www.ustr.gov/releases/2002/04/index.shtml>; besucht am 5.3.2002).

<sup>12</sup> Vgl. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, Request for the Establishment of a Panel by the United States, WT/DS204/3, 18. Februar 2002.

USA setzte die Streitbeilegungsinstanz der WTO am 18. April 2002 ein Panel ein, das u.a. die Frage zu entscheiden hat, ob Mexiko Verpflichtungen des GATS zur Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen verletzt.

Vielleicht war dieses WTO-Verfahren mitverantwortlich dafür, dass der Bundesrat zunächst die Problematik der «letzten Meile» mit einer raschen Revision des Fernmelderechts entschärfen wollte. Am 24. April 2002 fällte er den Grundsatzentscheid, dass die Mietleitungen und die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses durch blosser Änderung der Fernmeldedienstverordnung (FDV) dem Interkonnektionsregime unterstellt werden können, hierfür also keine Gesetzesänderung notwendig sei.<sup>13</sup> Am 15. Juli 2002 gab das UVEK seine Entwürfe für eine Teilrevision des FMG und der FDV in die Vernehmlassung. Diese Entwürfe sahen u.a. vor, die Entbündelung der letzten Meile in den drei Varianten *full access*, *shared line access* und *bitstream access* (zur Definition vgl. unten, Abschnitt 1.1.) auf dem Verordnungswege rasch einzuführen. Im Rahmen des gleichzeitig anlaufenden aber in gemächlicherem Tempo voranschreitenden ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens wollte das UVEK der ComCom auf Stufe FMG die Kompetenz zur *Ex ante*-Regulierung u.a. der Entbündelung einräumen.<sup>14</sup> Weil dem Vorschlag des Bundesrates, die Entbündelung auf Verordnungsstufe einzuführen, seitens der vorberatenden Kommissionen von Nationalrat und Ständerat vehementer Widerstand erwuchs,<sup>15</sup> liess sich der Bundesrat mit seinem definitiven Entscheid Zeit. Nachdem sich im Vernehmlassungsverfahren eine Mehrheit der Teilnehmenden für eine rasche Entbündelung äusserte,<sup>16</sup> rang sich der Bundesrat am 7. März 2003 schliesslich doch dazu durch, die Entbündelung auf den 1. April 2003 auf dem Verordnungsweg einzuführen.<sup>17</sup> Gleichzeitig kündigte er aber an,

---

<sup>13</sup> Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr und Kommunikation (UVEK), Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG), Erläuternder Bericht, 4, und UVEK, Änderung der FDV und der AEFV, Erläuternder Bericht. Beide Dokumente wurden im Juli 2002 unter <http://www.bakom.ch/de/telekommunikation/grundlagen/konsult/fmg/index.html> veröffentlicht.

<sup>14</sup> Nach dem Beispiel der Entbündelungs-Verordnung der EG sollte diese erweiterte Interventionsmöglichkeit des Regulators die Befugnis zur Bestimmung der relevanten Märkte, zur Bezeichnung der marktbeherrschenden Anbieterinnen und zur Genehmigung der Standardangebote beinhalten (vgl. dazu Abschnitt 3 hiernach).

<sup>15</sup> Vgl. NZZ vom 19. September 2002, 15.

<sup>16</sup> Vgl. Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) und seiner Ausführungsverordnungen (FDV und AEFV), Vernehmlassung, Zusammenfassung der Ergebnisse vom Januar 2003 (verfügbar unter <http://www.bakom.ch/de/medieninfo/medienmitteilungen/uvek/artikel/00828/index.html>; besucht am 5. März 2003).

<sup>17</sup> Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste vom 7. März 2003, AS 2003 544.

dass das Parlament im Rahmen der anstehenden Debatte zur Revision des FMG die Entbündelungsfrage endgültig entscheiden könne. Der Grund für diesen Sowohl-als-auch-Entscheid des Bundesrates liegt darin, dass die *Swisscom* schon in seinem Vorfeld unmissverständlich verlauten liess, gegen jede ihr aufgezwungene Entbündelung sämtliche Rechtsmittel bis vor Bundesgericht auszuschöpfen. Die bundesrätliche Doppelstrategie wurde ob ihres basisdemokratischen Gespürs gelobt.<sup>18</sup> Für die an einem raschen Zugang zur letzten Meile interessierten alternativen FDA sowie indirekt für KMU ist sie jedoch eine bittere Enttäuschung. Das Bundesgericht könnte dahinter nämlich Zweifel des Bundesrates vermuten, ob die gegebene gesetzliche Grundlage im FMG ausreicht, um die Entbündelung auf dem Verordnungsweg herbeizuführen.

Im Hinblick auf den zu erwartenden Entscheid des Bundesgerichts sollen im Folgenden die welthandelsrechtlichen und europarechtlichen Rahmenbedingungen der Entbündelung der letzten Meile genauer untersucht werden. Im ersten Teil sind für die Problematik der letzten Meile die zur Zeit geltende Rechtslage und die damit verbundenen Auswirkungen auf den Markt der Breitbandkommunikation in der Schweiz zu analysieren. Im Hinblick auf eine drohende Klage der USA gegen die Schweiz vor der WTO ist im zweiten Teil zu prüfen, welche Verpflichtungen zur Entbündelung der letzten Meile sich aus dem Dienstleistungsabkommen der WTO ergeben. Im dritten Teil soll untersucht werden, mit welchen Massnahmen das neue Telekommunikationsrecht der EG den Zugang von KMU zur Breitbandkommunikation fördert. Im vierten Teil schliesslich ist die Frage nach den im Entbündelungszusammenhang an eine gesetzliche Grundlage zu richtenden Anforderungen unter Mitberücksichtigung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz vertieft zu analysieren.

## **1. Die Entbündelung der letzten Meile nach geltendem Recht**

### **1.1. Technische und wirtschaftliche Grundlagen**

Was ist unter «Entbündelung der letzten Meile» (*Local Loop Unbundling*, LLU) zu verstehen? Als letzte Meile wird die Verbindung zwischen dem Telefonanschluss in einer Wohnung oder einem Büro und der nächstgelegenen Ortszentrale bezeichnet. Für die meisten Privatpersonen und KMU in der Schweiz wird diese letzte Meile mittels eines doppeladrigen Kupferkabels überbrückt, das sich im Eigentum der *Swisscom* befindet. Weil die Erstellung

---

<sup>18</sup> Vgl. NZZ vom 27. Februar 2003, 11.

eines eigenen Ortsnetzes mit zu grossen Investitionen verbunden wäre und alternative Technologien noch zu wenig ausgereift sind,<sup>19</sup> sind auch neue Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA) für den Kontakt zu den Endkunden darauf angewiesen, das Telefonortsnetz der *Swisscom* benutzen zu können. Dieses (faktische) Angebotsmonopol versetzt *Swisscom* in die Lage, ihren Konkurrentinnen die Bedingungen diktieren zu können, unter denen diese die Zusammenschaltung ihres Netzes mit dem Ortsnetz zu den Teilnehmeranschlüssen erwirken können. Als Monopolistin vermag sie die Konkurrenz zu zwingen, die zur Erbringung ihrer eigenen Dienstleistungen gewünschte *Übertragungsleistung* im Bündel mit einer nicht benötigten *Vermittlungsleistung* zu beziehen und ihr hierfür ein Entgelt zu entrichten. Entbündelung bedeutet demgegenüber, dass der Staat die eingeseessene Anbieterin dazu zwingt, das Paket aufzuschneiden und Übertragungs- und Vermittlungsleistungen getrennt anzubieten.<sup>20</sup> Ökonomisch betrachtet bezweckt die Entbündelung die Trennung von Wertschöpfungsstufen.<sup>21</sup> Sie ist im Interesse der neuen Anbieterinnen, zumal diese bloss jene Leistungen bezahlen wollen, die sie auch tatsächlich beanspruchen.

Der Begriff der Entbündelung war bis vor kurzem weder im FMG noch in einer Verordnung des Schweizer Rechts definiert. Seit der Änderung der Fernmeldediensteverordnung vom 7. März 2003 definiert und unterscheidet Art. 1 FDV drei Arten der Entbündelung bzw. des Zugangs: 1) die vollständige Entbündelung 2) den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss und 3) den schnellen Bitstrom-Zugang. Der Bundesrat folgt damit einer Definition, welche die EG-Kommission in einer Mitteilung vom April 2000 vorgeschlagen hat.<sup>22</sup>

Zu 1): Bei der vollständigen Entbündelung (*full access*) mietet die alternative FDA als Wiederverkäuferin das Kabel zwischen dem Ortsnetz der *Swisscom* und dem Teilnehmeranschluss zur ausschliesslichen Nutzung. Diese Exklusivität ist für die Wiederverkäuferin aus zwei wirtschaftlichen Gründen von

---

<sup>19</sup> Vgl. dazu den Abschnitt 1.3.1 hiernach.

<sup>20</sup> Vgl. Anne Gabelmann, 2000: Wettbewerb im Local Loop?, in: Institut für Verkehrswissenschaft der Universität Freiburg i. B., Vortrag im Rahmen des 33. Verkehrswissenschaftlichen Seminars vom 4./5. Oktober 2000, 7 (verfügbar unter: <http://www.vwl.uni-freiburg.de/fakultaet/vw/GabelmannFreiburg2000.pdf>; besucht am 15. August 2002).

<sup>21</sup> Vgl. Poledna, 2002, a.a.O., 333.

<sup>22</sup> Europäische Kommission: Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschliesslich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, Mitteilung vom 26. April 2000, KOM(2000) 237 endg., ABl. 272/55, 23.9.2000, Ziff. 5.1.

besonderem Interesse: Erstens steht ihr die Möglichkeit zur Verfügung, durch den Einsatz innovativer Technologien den Teilnehmeranschluss zu einem *Digital Subscriber Line System* (DSL) aufzuwerten.<sup>23</sup> Zweitens erlaubt sie ihr einen Kontakt zu ihren Kunden, von dem die Monopolistin ausgeschlossen ist.

Zu 2): Bei der Variante gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss (*shared line access*) installiert die *Swisscom* einen Splitter in ihrer Telefonzentrale, der das schmalbandige vom breitbandigen Signal trennt. *Swisscom* bietet weiterhin den schmalbandigen Zugang an. Die alternative Diensteanbieterin bringt ihre eigene Breitbandinstallation (DSLAM zur Umwandlung der Daten in die gewünschte DSL-Technologie)<sup>24</sup> an und ist damit in der Lage, ihren Kunden schnelle Datendienste anzubieten. Im Unterschied zum *full acces* kontrolliert *Swisscom* indessen weiterhin den Teilnehmeranschluss. Der Vorteil eines direkten Kundenkontaktes besteht somit nicht für das volle Sortiment.

Zu 3): Die Variante schneller Bitstrom-Zugang verpflichtet die etablierte FDA dazu, mit eigener Infrastruktur eine Hochgeschwindigkeitsverbindung zu erstellen. Diese kann von einer alternativen FDA zum *Wholesalepreis* gemietet werden, um sie ihren eigenen Kunden zur Verfügung zu stellen. Bei dieser mildesten Entbündelungsverpflichtung wird somit nicht nur der Teilnehmeranschluss, sondern auch der schnelle DSL-Dienst von der etablierten FDA installiert und kontrolliert.

Wie sind diese Entbündelungsvarianten aus der Sicht von Breitband-KMU zu beurteilen? Die *WIK consult* ist in einer wichtigen Studie zum Schweizer Markt zum Schluss gekommen, dass den Interessen der am Breitbandmarkt interessierten KMU letztlich nur die volle Entbündelung gerecht wird.<sup>25</sup> Der Hauptgrund liegt darin, dass KMU, die entweder einzelne Fernmeldedienste aus dem gesamten Spektrum des eingesessenen Anbieters herauslösen oder

---

<sup>23</sup> Zur Anwendung kommt die ADSL-Technologie. ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) ist insofern asymmetrisch, als die verfügbare Frequenz für die Datenübertragung von der Informationsquelle zum Endgerät (downstream) viel grösser ist als in umgekehrter Richtung (upstream). Der Vorteil dieser Technologie liegt darin, dass sie gleichzeitig das Surfen im Megabittempo über den Datenhighway und das Telefonieren oder Faxen erlaubt. Die ADSL-Technologie ist heute die Voraussetzung für Breitbandkommunikation und deshalb vor allem für FDA und Multimedia-Unternehmen von besonderem Interesse, welche solche Dienste veredeln, um sie ihren Endkunden anzubieten.

<sup>24</sup> Vgl. BAKOM, 2002: Wirtschaftliche Auswirkungen der Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes, a.a.O., 17.

<sup>25</sup> WIK consult, 2002, a.a.O., 88; so auch BAKOM, 2002: Wirtschaftliche Auswirkungen der Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes, a.a.O., 5, 11 f.

ihre Dienste auf einem abgeleiteten Markt entfalten wollen, auf die Möglichkeit eines direkten Kundenkontaktes angewiesen sind.

Die *Swisscom* dagegen versucht nach Kräften, ihre Marktführerschaft im Bereich der ADSL-Technologie einzusetzen, um von Hebelvorteilen für ihren Einstieg in nachgelagerte Märkte (z.B. Audiovision über Internet) profitieren zu können.<sup>26</sup> Diese Möglichkeit hat sie heute, weil vorderhand jede *Carrier Pre Selection*, d.h. Inanspruchnahme der Telefondienste eines alternativen Anbieters an Stelle der *Swisscom*, über *Swisscom* laufen muss. Zu diesem Zweck führt sie eine Datei, welche Namen, Adresse und weitere Daten sämtlicher Personen enthält, die nicht *Swisscom*-Kunden sind. Für die Konsumentinnen äussert sich die *Gatekeeper*-Stellung der Monopolistin darin, dass jeder Telefonkunde die 25 Franken für die Benutzung der letzten Meile auch dann direkt der *Swisscom* zu bezahlen hat, wenn er bei der Konkurrenz abonniert ist. Mit anderen Worten: Ein *Sunrise*-Kunde findet am Monatsende neben der Rechnung des gewählten alternativen Anbieters auch eine der *Swisscom* für die Benutzung der letzten Meile im Briefkasten. Aber nicht die Inkonvenienz der Endkunden, zwei Teilrechnungen zweier Unternehmen anstatt einer einzigen Gesamtrechnung begleichen zu müssen, ist das Problem, sondern die Möglichkeit der *Swisscom*, den Rechnungen für die Benutzung des Ortsnetzes jeweils gezielte Werbung beizufügen, um die abgesprungenen Kunden zurückzugewinnen. Während für Konkurrentinnen solche flächendeckenden Werbeaktionen nur mit erheblichem Aufwand möglich wären, erwachsen der *Swisscom* nur geringe Zusatzkosten, da sie die Rechnungen für die Anschlussgebühr ohnehin an alle Abonnenten des Festnetzanschlusses versendet. In dieser Angelegenheit führte die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Untersuchung gegen *Swisscom* durch. In der Folge verpflichtete sich *Swisscom* in einer von der WEKO bewilligten und verbindlich erklärten einvernehmlichen Regelung i.S.v. Art. 29 KG, inskünftig darauf zu verzichten, ihren Rechnungen gezielte Eigenwerbung beizulegen.<sup>27</sup> Die WEKO war jedoch der Ansicht, dass *Swisscom* weiterhin Werbung an Kunden richte, die sie verlassen haben, und eröffnete am 27. August 2002 ein Sanktionsverfahren gegen *Swisscom*. Darin soll festgestellt werden, ob die ehemalige Monopolistin gegen die Vereinbarung verstossen hat.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Zu solchen Strategien marktbeherrschender Telekommunikationsunternehmen im Allgemeinen vgl. Rolf H. Weber, 1995: Entstehung von Marktmacht als Deregulierungsfolgeproblem – das Beispiel der Telekommunikationsmärkte, in: *AJP* 1995, 1151.

<sup>27</sup> Vgl. *medialex* 2/2002, 67.

<sup>28</sup> Vgl. *NZZ* vom 28. August 2002, 23. Der *Swisscom* droht eine Busse bis maximal zehn Prozent ihres letzten Jahresumsatzes. Im November stellte das BAKOM im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens fest, *Swisscom* habe Interkonnectionsinformationen wider-

Alle bisher genannten Punkte deuten darauf hin, dass die Entbündelung positive Auswirkungen für die Telekommunikationsbranche hätte. Wie steht es aber mit dem Argument der *Swisscom*, dass damit negative Investitionsanreize geschaffen würden, die sie davon abhielten, in ihr Netz zu investieren?<sup>29</sup> Hierzu ist festzustellen, dass umfassende wirtschaftliche Analysen vorliegen, welche diese Befürchtung entkräften.<sup>30</sup> Wichtig ist vor allem das Gegenargument, dass die Regulatorsbehörde der Gefahr negativer Investitionsanreize bei der Festsetzung der Preise für die Netzzusammenschaltung steuern kann. Nach der zur Anwendung kommenden LRIC-Methode schliesst der Preis unter anderem einen branchenüblichen Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen ein.<sup>31</sup>

Abwegig ist auch das weitere Argument der *Swisscom*, dass die Entbündelungspflicht ihren Grundversorgungsauftrag gefährden würde.<sup>32</sup> Gemäss Art. 16 FMG und 19 FDV gehört zur Grundversorgung insbesondere der öffentliche Telefondienst einschliesslich Sprachtelefonie und Datenübertragung. Gemäss Art. 16 Abs. 3 FMG passt der Bundesrat den Inhalt der Grundversorgung periodisch den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnissen und dem Stand der Technik an. Die Konzession für die Grundversorgung wird periodisch neu ausgeschrieben (Art. 14 Abs. 2 FMG). Weil sich im Rahmen der letzten Ausschreibung vom November 2001 einzig die *Swisscom Fixnet SA* bewarb, erhielt sie die bis zum 31. Dezember 2007 befristete Grundversorgungskonzession.<sup>33</sup> Die *Swisscom* verzichtete in diesem Verfahren darauf, einen Investitionsbeitrag im Sinne von Art. 15 Bst. b und Art. 19 FMG zu

---

rechtlich verwendet und dadurch das Fernmeldegeheimnis verletzt. *Swisscom* hat den Entscheid des BAKOM an die Rekurskommission des UVEK weitergezogen. Vgl. NZZ vom 15. November 2002, 27, und 19. März 2003, 14.

<sup>29</sup> Dieses Argument führt auch das Bundesgericht in E. 6 b seines Urteils 2A.503/2000 und 2A.505/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. *Commcare AG c. Swisscom AG* an.

<sup>30</sup> WIK consult, 2002, a.a.O., 88 f.; BAKOM, 2002: Wirtschaftliche Auswirkungen der Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes, a.a.O., 17 ff. Das Beispiel Deutschlands zeigt, dass die Deutsche Telekom unter der Entbündelungspflicht ihre Investitionen in die letzte Meile nicht reduziert hat (WIK consult, 2002, a.a.O., 89).

<sup>31</sup> BAKOM, 2002: Wirtschaftliche Auswirkungen der Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes, a.a.O., 9, 21. Die Entbündelungs-Verordnung der EG sieht gar vor, dass die Interkonnektionskosten zu Marktpreisen berechnet werden können, falls auf dem Markt hinreichende Zugangsalternativen vorhanden sind. Vgl. dazu ausführlich den Abschnitt 3.

<sup>32</sup> Dieselbe Befürchtung äusserte auch das Bundesgericht in E. 7 d des *Commcare*-Urteils (a.a.O.).

<sup>33</sup> BAKOM, 2002: Wirtschaftliche Auswirkungen der Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes, a.a.O., 14.

beantragen. Solche Beiträge können ausgerichtet werden, wenn keine Bewerberin bereit ist, die Grundversorgung ohne Vergütung ihrer ungedeckten Kosten anzubieten (Art. 16 Abs. 3 FDV). Art. 38 FMG bestimmt, dass diese Investitionsbeiträge von allen Inhaberinnen einer Konzession zur Erbringung von Fernmeldediensten im Verhältnis zu ihrem Umsatz zu tragen ist. Damit besteht ein Mechanismus zur Finanzierung der ungedeckten Kosten der Grundversorgung, der sicherstellt, dass auch unrentable Basisdienste erbracht werden. Die Entbündelungsfrage hat darauf keinen Einfluss.<sup>34</sup>

## 1.2. Entbündelung nach geltendem Fernmelderecht der Schweiz

Der entbündelte Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen war im Fernmelderecht der Schweiz bis zum Inkrafttreten der geänderten Fernmeldedienstverordnung am 1. April 2003 nicht geregelt. Der Entwurf zur Verordnung über Fernmeldedienste vom 30. Mai 1997 (E-FDV) hatte die Entbündelungspflicht in Art. 32 Abs. 1 als Teil der Interkonnektionspflicht zwar vorgesehen.<sup>35</sup> Auf Antrag des Departements (damals noch das EVED) wurde diese Vorschrift jedoch wieder herausgestrichen.<sup>36</sup>

Die ComCom wies ein Gesuch der *TDC Switzerland AG* (Sunrise), das alle drei Formen der Entbündelung verlangte, mit Verfügung vom 5. Februar 2002 ab. Sie hielt sich mit dieser negativen Entscheidung ausdrücklich an die vom Bundesgericht im Urteil *Commcare c. Swisscom* getroffenen Gewichtungen, worin dieses es abgelehnt hatte, den Zugang zu Mietleitungen<sup>37</sup> und die Entbündelung<sup>38</sup> als Frage der Interkonnektion zu beurteilen.<sup>39</sup> Das Bundesgericht

---

<sup>34</sup> A.a.O.

<sup>35</sup> Vgl. WIK consult, 2002, a.a.O., 86.

<sup>36</sup> Vgl. Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 5. Februar 2002, a.a.O., E. 2.2.2.

<sup>37</sup> Unter «Mietleitungen» ist die Bereitstellung einer bestimmten Datenübertragungskapazität als Punkt-zu-Punkt-Verbindung zwischen zwei Kundenstandorten zu verstehen. Abgesehen von der Garantie der Übertragungskapazität gehören zur Leistung des Vermieters auch Vermittlungsdienste wie die Überwachung der Leitung und die Kommunikationssteuerung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 und 2A.505/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. *Commcare AG c. Swisscom AG*, E. 4 a). Unter «Übertragungsmedien» werden Kupfer- und Glasfaserkabel als physische Medien verstanden. Im Unterschied zu Mietleitungen gehören Überwachungs- und Steuerungsdienste nicht dazu (a.a.O., E. 4 b).

<sup>38</sup> Irritierend am Urteil des Bundesgerichts ist unter anderem, dass es die Interkonnektion für Mietleitungen und Übertragungsmedien als Frage der Entbündelung der letzten Meile behandelte, ohne aber zu erklären, was unter dem Begriff der Entbündelung zu verstehen sei. Vgl. die Kritik von Poledna, 2002, a.a.O., 333, f.

hatte festgestellt, dass der Bundesrat mit der Streichung von Art 32 Abs. 1 E-FDV nicht nur die Mietleitungen, sondern auch den Teilnehmeranschlussbereich aus der Interkonnektionspflicht herausgenommen hat und damit auf die Entbündelung verzichtete.<sup>40</sup> Daran anschliessend fand die ComCom *nolens volens*,<sup>41</sup> dass aufgrund des *Commcare*-Urteils des Bundesgerichts festzustellen sei, «dass die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung keinen Anwendungsfall der Interkonnektion darstellt.»<sup>42</sup>

Mit der am 1. April 2003 in Kraft getretenen Änderung hat der Bundesrat nun eine Entbündelungsverpflichtung der *Swisscom* in die FDV aufgenommen. Die neue Verordnungbestimmung steht aber auf sehr schwachen Füßen, da *Swisscom* ihre gesetzliche Grundlage bestreitet und erneut das Bundesgericht anrufen wird. Mit dem Hinweis, dass das Parlament im Rahmen der laufenden Revision des FMG den letzten Entscheid zu fällen habe, schürte der Bundesrat anlässlich der Bekanntgabe des Entbündelungsentscheids vom 7. März 2003 Zweifel an der gesetzlichen Grundlage der neuen Vorschrift. Deshalb ist zu befürchten, dass das Bundesgericht erneut zu Gunsten der *Swisscom* entschei-

---

<sup>39</sup> Ausgangspunkt des Verfahrens vor Bundesgericht waren zwei Interkonnektionsgesuche, womit das Telekommunikationsunternehmen *Commcare* von *Swisscom* Zugang zu deren «Mietleitungen» und «Übertragungsmedien» verlangt hatte. Weil *Swisscom* diesen Begehren innert der von Art. 11 Abs. 3 FMG vorgeschriebenen Frist von drei Monaten nicht entsprach, musste die ComCom den Streit entscheiden. Sie hiess das Gesuch betreffend «Mietleitungen» gut, lehnte es aber ab, *Commcare* Interkonnektion zu den «Übertragungsmedien» von *Swisscom* zu gewähren. Die beiden Entscheide wurden von *Swisscom* und *Commcare* je mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen und von diesem zu einem einzigen Verfahren zusammengelegt. Das Bundesgericht entschied, dass die gesetzliche Grundlage sowohl bei Mietleitungen als auch bei Übertragungsmedien nicht ausreiche, um die Interkonnektion zu verfügen.

<sup>40</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 und 2A.505/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. *Commcare* AG c. *Swisscom* AG, E. 8 c–d.

<sup>41</sup> Vgl. Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 5. Februar 2002, a.a.O., E. 2.2.2. Die ComCom hielt auch nicht mit teilweise deutlicher Kritik am Bundesgericht zurück. In erster Linie warf sie dem Bundesgericht vor, bei seiner Auslegung der gesetzlichen Grundlagen in FMG und FDV im Hinblick auf die Frage, ob die Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse den Interkonnektionsregeln unterstehen, die teleologischen Gesichtspunkte nicht richtig geprüft zu haben. Das Bundesgericht verkenne, dass das klare Ziel des Gesetzgebers beim Erlass des geltenden Fernmelderechts gewesen sei, insbesondere auf der Diensteebene einen vollständigen Wettbewerb zu schaffen. Dieses Ziel könne einerseits durch die Existenz konkurrierender Netzinfrastrukturen erreicht werden. Weil jedoch der Aufbau von Alternativstrukturen im Anschlussbereich äusserst kostspielig sei und durch Bau- und Bewilligungsvorschriften verzögert werden könne, komme andererseits dem vom Gesetzgeber geschaffenen Interkonnektionsregime gerade für die letzte Meile eine besondere Bedeutung zu.

<sup>42</sup> Vgl. a.a.O., E. 2.2.6.

den wird. Somit ist vorläufig weiterhin davon auszugehen, dass das geltende Fernmelderecht alternativen FDA keine ausreichende Grundlage bietet, um *Swisscom* zu zwingen, ihnen den entbündelten Zugang zu ihrem Teilnehmeranschlussnetz zu gewähren.

### 1.3. Bietet das Kartellgesetz Hand zur Entbündelung?

#### 1.3.1. Letzte Meile als «essential facility»?

Nachdem der vorstehende Abschnitt gezeigt hat, dass das geltende Fernmelderecht neuen FDA keinen raschen Zugang zur letzten Meile öffnet, ist im Folgenden zu prüfen, ob allenfalls der Weg über das Kartellrecht zielführend sein könnte.

Kartellrechtlich stellt sich insbesondere die Frage, ob die Weigerung der *Swisscom*, den übrigen FDA den entbündelten Zugang zum Telefonortsnetz zu gewähren, zum Ausschluss von Wettbewerb auf einem vertikal verbundenen, d.h. vor- oder nachgelagerten Markt führt. In der wettbewerbsrechtlichen Literatur wird diese Frage unter dem Titel der insbesondere dem US-amerikanischen und europäischen Recht geläufigen *essential facilities*-Doktrin diskutiert.<sup>43</sup> Allgemein formuliert sind unter *essential facilities* wesentliche Einrichtungen zu verstehen, deren Benutzung für ein bestimmtes Unternehmen mangels Ausweichmöglichkeiten notwendig ist, um bestimmte Geschäftstätigkeiten entfalten zu können. Dieses Problem stellt sich regelmässig dann, wenn

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu insbesondere Katharina Schindler, 1998: Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Die «Essential Facility»-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Dissertation, Bern 1998, passim. Als grundlegender US-amerikanischer Entscheid zur *essential facilities*-Doktrin im Telekommunikationsrecht gilt *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir. 1983), cert. denied 464 U.S. 891 (1984); vgl. Jerry A. Hausman/Gregory J. Sidak, 1999: A Consumer-Welfare Approach to the Mandatory Unbundling of Telecommunications Networks, in: *The Yale Law Journal*, vol. 109, 1999, 467. Im EG-Recht wurde die *essential facilities*-Doktrin im Entscheid der EG-Kommission i.S. *B&I-Holyhead/Sealink* vom 11. Juni 1992, teilweise abgedruckt in: *Common Market Law Review* 1992, 255, zum erstenmal explizit erwähnt. Wichtig ist auch der Kommissionsentscheid 94/19/EG vom 21. Dezember 1993 i.S. *Sea Containers/Stena Sealink*, in: *ABl.* 1994 Nr. L 15, 8. Im Zusammenhang von Kommunikationsmärkten werden v.a. die Urteile des EuGH in den Fällen *Télémarketing*, *Magill* und *Bronner* im Lichte dieser Doktrin interpretiert. Besonders interessant sind in diesem Zusammenhang die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs im Fall *Bronner*, Rs. C-7/97 vom 28. Mai 1998. Zum EG-Recht vgl. Christopher Stothers, 2001: Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union, *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, 256–262 sowie Pat Treacy, 1998: Essential Facilities - Is the Tide Turning?, in: *European Competition Law Review*, issue 8, 1998, 501–505.

ein Unternehmen A auf einer bestimmten Marktstufe über eine Ressource verfügt, deren Benutzung für ein Unternehmen B die Voraussetzung dafür ist, auf einem meist nachgelagerten Markt tätig werden zu können.<sup>44</sup> Verweigert das Unternehmen A dem Unternehmen B den Zugang zu dieser Ressource, so kann letzteres seine Geschäftstätigkeit auf dem nachgelagerten Markt nicht entfalten. Folglich verhilft das natürliche Monopol an der Ressource dem Unternehmen A dazu, im verbundenen Markt ohne Konkurrenz tätig zu sein. Das ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unerwünscht.

Im Schweizer Kartellgesetz ist die *essential facilities*-Doktrin nicht ausdrücklich verankert. Dennoch ordnet die Schweizer Lehre die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung grundsätzlich dem Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG zu.<sup>45</sup> Auch die Wettbewerbskommission wendet die *essential facilities*-Doktrin an: Während sie in einer Verfügung vom 7. Februar 2000 die Frage noch ausdrücklich offenliess, ob Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG im Sinne der *essential facility*-Doktrin auszulegen sei,<sup>46</sup> hat sie seither vor allem ihrem wichtigen Entscheid i.S. *Watt/Migros* Argumente der Doktrin zugrundegelegt, ohne dies jedoch ausdrücklich zu sagen.<sup>47</sup> Eine *essential facility* liegt lediglich dann vor, wenn die fragliche Einrichtung *wesentlich* ist,<sup>48</sup> d.h., das zugangssuchende Unternehmen auf deren Nutzung *zwingend* angewiesen ist, um auf dem verbundenen Markt tätig werden zu können.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Schindler, 1998, a.a.O., 103.

<sup>45</sup> Roger Zäch, 1999: Schweizerisches Kartellrecht, Bern, 1999, 223; Schindler, 1998, a.a.O., 102, 209; Barbara Hübscher/Pierre Rieder, 1997: Die Bedeutung der «Essential facilities»-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: sic! 5/1997, 1997, 444 f.; Weber, 1995, a.a.O., 1155. In der Botschaft zum Kartellgesetz stipulierte der Bundesrat einen Kontrahierungszwang nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG in Fällen, wo ein Unternehmen «als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung von bestimmten Dienstleistungen oder zur Herstellung von bestimmten Produkten unerlässlich sind.» Vgl. BBl 1995 I 571.

<sup>46</sup> Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2000 i.S. BKW FMB Energie AG, in: RPW, 2000/1, 29 ff., 33.

<sup>47</sup> Entscheid der Wettbewerbskommission vom 5. März 2001 betreffend Untersuchung i.S. *Watt/Migros - EEF*, in: RPW 2001/2, 255 ff. Mit diesem Entscheid bewilligte die Wettbewerbskommission der *Watt Schweiz* AG, den für Betriebsstätten des *Migros*-Genossenschaftsbundes bestimmten Strom durch das Netz der Freiburgerischen Elektrizitätswerke zu leiten. Nachdem die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine dagegen erhobene Beschwerde abwies, hat nun das Bundesgericht zu entscheiden. Siehe dazu: Matthias Hauser, Marktöffnung durch das Kartellrecht. Das Bundesgericht hat einen Präzedenzfall zu entscheiden, in: NZZ vom 19. Februar 2003, 15.

<sup>48</sup> Zäch, 1999, a.a.O., 223, Hübscher/Rieder, 1997, a.a.O., 440.

<sup>49</sup> Vgl. Schindler, 1998, a.a.O., 81.

Die letzte Meile ist als klassisches Beispiel einer *essential facility* zu bewerten, zumal die Verweigerung des Zugangs hierzu dem marktbeherrschenden Unternehmen erlaubt, die Konkurrenz vom Wettbewerb im Breitbandmarkt fernzuhalten.<sup>50</sup> Die ComCom hat in ihrer Verfügung vom 5. Februar 2002 i.S. *TDC Switzerland c. Swisscom* festgehalten, dass «der Anschlussbereich (...) das wichtigste Glied in der Kette zum funktionierenden Wettbewerb» und der Zugang hierzu für neue Anbieterinnen unabdingbar sei, um auf den Märkten der Sprachtelefonie und Breitbandkommunikation zu fairen Bedingungen in Konkurrenz zu *Swisscom* treten zu können.<sup>51</sup> Angesichts der hohen Investitionskosten, die eine Konkurrentin für die Erstellung einer eigenen Infrastruktur zu tragen hätte, steht ihr die Möglichkeit nicht zur Verfügung, eine gleiche oder ähnliche Einrichtung selbst zu erstellen.<sup>52</sup> Einige Telekommunikationsunternehmen wie *Colt*, *Sunrise* und *Worldcom* haben zwar eigene Glasfasernetze zu den Anschlüssen gewichtiger Geschäftskunden in Ballungsgebieten mit grossem Verkehrsaufkommen erstellt.<sup>53</sup> Diese stehen jedoch KMU und Haushalten nicht zur Verfügung, weshalb sie im Ortsbereich keine Alternative zum Anschlussnetz darstellen.<sup>54</sup> Neuere technische Einrichtungen wie der *Wireless Local Loop* (WLL), die *Powerline Communications* oder die Breitbandkabelnetze (CATV) sind technisch noch zu wenig ausgereift, um

---

<sup>50</sup> Vgl. Schindler, 1998, a.a.O., 77, 210; Rolf H. Weber, 1996: Wirtschaftliche Ordnung des Information Highway, in: Reto M. Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, Bern 1996, 127; Peter R. Fischer, 2002: Regulierung und Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation in der Schweiz, in: Martin Geppert/Ernst-Olav Ruhle/Fabian Schuster (Hrsg.), *Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation*, Baden-Baden 2002, 667; für das Recht der EG vgl. Nikos Th. Nikolinakos, 2001: Promoting Competition in the Local Access Network: Local Loop Unbundling, in: *European Competition Law Review*, vol. 22, 271. Die Europäische Kommission stellte in ihrer Mitteilung zur Entbündelung vom April 2000 unter Verweis auf das Urteil des EuGH in Sachen *Bronner* (a.a.O.) ausdrücklich fest, dass «der Teilnehmeranschluss derzeit als wesentliche Einrichtung [gilt], zu der die Mitbewerber Zugang erhalten müssen, um unter fairen Bedingungen landesweit mit den etablierten Betreibern (...) zu konkurrieren und denselben Kundenkreis zu bedienen.» Europäische Kommission: Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschliesslich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, Mitteilung vom 26. April 2000, KOM(2000) 237 endg., ABl. 272/55, 23.9.2000, 58.

<sup>51</sup> Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 5. Februar 2002, a.a.O., 2.2.3.

<sup>52</sup> Vgl. a.a.O.

<sup>53</sup> Vgl. WIK consult, 2002, a.a.O., 50.

<sup>54</sup> Gutachten der Wettbewerbskommission vom 19. März 2001 in Sachen Interkonkurrenzverfahren *diAx c. Swisscom AG*, in: RPW 2001/2, 353.

einen entlastenden *By-Pass* anbieten zu können,<sup>55</sup> oder sind nicht von allen Konsumenten in der Schweiz nutzbar.<sup>56</sup> Angesichts der Tatsache, dass die *Cablecom* seit Februar 2003 ein Angebot von Sprachtelefondiensten über ihr Kabelnetz offeriert,<sup>57</sup> stellt sich die Frage, ob sich die Situation im Kabelnetz dadurch geändert hat. Zunächst ist festzustellen, dass in der Schweiz 85% der Haushalte an ein Kabelnetz angeschlossen sind und gut die Hälfte davon bei der *Cablecom*.<sup>58</sup> Indessen verwendet nur ein kleiner Prozentsatz der Haushalte diesen Anschluss für schnelles Internet. Drei Faktoren sind dafür verantwortlich: Erstens handelt es sich hier um einen stark fragmentierten Markt mit vielen Anbietern.<sup>59</sup> Zweitens ist die wirtschaftliche Zukunft der *Cablecom* unsicher.<sup>60</sup> Drittens ist die xDSL-Technologie, mit der das Kupferkabel zur Breitbandverbindung aufgerüstet wird, der Kabeltechnologie überlegen. Der Grund liegt darin, dass im Kabelnetz die verfügbare Bandbreite mit jedem zusätzlichen Nutzer abnehmen kann, während sie bei der xDSL-Technologie konstant bleibt.

Das neue Angebot versetzt die *Cablecom* nun zwar in der Lage, auf der letzten Meile wie die *Swisscom* ein Vollsortiment an Sprachtelefonie- und Breitbanddatendiensten zu offerieren. Im *Wholesale*-Breitbandmarkt vermag diese Neuerung vorderhand jedoch keinen Wettbewerb herzustellen. Solange der Aufbau des Kabelnetzes nicht erhebliche Fortschritte macht, bleibt die Feststellung somit zutreffend, dass es zur Zeit keine technischen Alternativen gibt, um den Flaschenhals im Telekommunikations-Anschlussnetz zu umgehen.<sup>61</sup> Folglich ist festzustellen, dass das Eigentum an der letzten Meile *Swisscom* zu einem faktischen Monopol verhilft.

---

<sup>55</sup> So die aktuelle Einschätzung der Europäischen Kommission im Achten Bericht der Kommission über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor vom 3. Dezember 2002, KOM(2002) 695 endg., Abschnitt 4.5.

<sup>56</sup> Vgl. WIK consult, 2002, a.a.O., 50 ff.; Gutachten der Wettbewerbskommission vom 19. März 2001, a.a.O., 348 ff., insbesondere 351–356; Schlussbericht der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2001 in Sachen xDSL-Dienste der *Swisscom*, in: RPW 2001/1, 73, insbesondere 76 f. und 78 f.; Gutachten der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2000 in Sachen Interkonkurrenzverfahren *Commcare AG c. Swisscom AG*, in: RPW 2000/1 70 ff., insbesondere 76 und 83 ff.;

<sup>57</sup> Vgl. NZZ Online vom 18. Februar 2003 (verfügbar unter [www.nzz.ch/2003/02/18wi/page-newzzDCBOHF8W-12.html](http://www.nzz.ch/2003/02/18wi/page-newzzDCBOHF8W-12.html), besucht am 18.2.2003)

<sup>58</sup> Gutachten der Wettbewerbskommission vom 19. März 2001, a.a.O., 353; NZZ am Sonntag vom 2. März 2003, 49.

<sup>59</sup> Gutachten der Wettbewerbskommission vom 19. März 2001, a.a.O., 354.

<sup>60</sup> Vgl. NZZ am Sonntag vom 2. März 2003, 49.

<sup>61</sup> Gutachten der Wettbewerbskommission vom 19. März 2001, a.a.O., 359 f.; WIK consult, 2002, a.a.O., 51.

### 1.3.2. *Verhältnis zwischen Art. 7 KG und Art. 11 FMG*

Ungeklärt ist bislang die Frage des Verhältnisses zwischen dem Kartellgesetz und dem Fernmeldegesetz betreffend Zutritt zur letzten Meile. Steht den alternativen FDA die Möglichkeit offen, sich auf Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG zu berufen, um *Swisscom* zur Entbündelung der Netzinfrastruktur zu zwingen, obwohl das Fernmeldegesetz spezielle Regeln zur Interkonnektion vorsieht? In Literatur und Praxis wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Interkonnektionsbestimmungen des FMG als *lex specialis* zu betrachten seien und damit die Anwendung der im allgemeinen Kartellrecht enthaltenen *essential facility*-Regeln ausschliessen.<sup>62</sup> Der Grund hierfür liegt in Art. 3 KG, der spezialgesetzliche Vorschriften des Bundesrechts vorbehält, die für einen bestimmten Markt gewisse Dienstleistungen oder Waren vom Wettbewerb ausschliessen.<sup>63</sup> Offen ist somit, ob die Nichtunterstellung der Entbündelung unter die Interkonnektionsregeln als Vorbehalt einer staatlichen Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu verstehen ist. Träfe dies zu, hätte die Wettbewerbskommission keine Kompetenz, eine Deregulierung zu verfügen,<sup>64</sup> sondern könnte allenfalls rechtlich unverbindliche Empfehlungen im Sinne von Art. 45 Abs. 2 KG an die zuständigen Behörden richten.<sup>65</sup>

Diese in der wettbewerbsrechtlichen Literatur teilweise vertretene Meinung würde entkräftet, falls das Bundesgericht bei seiner Entscheidung bliebe, dass die Entbündelung der letzten Meile kein Anwendungsfall der Interkonnektionsvorschrift des FMG sei. Mit der Feststellung, dass für die Problematik der letzten Meile eine spezialgesetzliche Bestimmung gar nicht existiert, würde das *lex specialis*-Argument gegenstandslos, da wenig dafür spricht, dass der Nachweis eines qualifizierten Schweigens gelingen würde. Folglich wäre die Entbündelung der letzten Meile in Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. a

<sup>62</sup> Vgl. Schindler, 1998, a.a.O., 211; Rieder, 1998, a.a.O., 171 u. 175; Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2001 zur Vorabklärung in Sachen xDSL-Dienste der *Swisscom*, in: RPW 2001/1, 75; Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 31. August 1999 betreffend Mietleitungsangebot der *Swisscom*, in: RPW 1999/3, 376, Rn. 8.

<sup>63</sup> Vgl. Benoît Carron, 2002: Commentaire de l'article 3 alinéa 1 LCart, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (éditeurs), *Droit de la concurrence. Commentaire*, Basel 2002, N. 13.

<sup>64</sup> Vgl. im Unterschied hierzu, die von der Wettbewerbsabteilung der EG-Kommission im Magill-Fall verfügten Massnahmen. EuGH, Verb. Rs. C-241/91 u. C-242/91, *Radio Telefís Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd. v. Kommission und Magill TV Guide*, Urteil vom 6. April 1995.

<sup>65</sup> Vgl. Carron, 2002, a.a.O., N. 14 f.; Hübscher/Rieder, 1997, a.a.O., 445; vgl. dazu auch BGE 127 II 32 (Meteo Schweiz), insbesondere E. 3 e.

KG im Sinne der *essential facilities*-Regeln zu beurteilen.<sup>66</sup> Dafür spräche auch folgende Überlegung: Das Fernmeldewesen in der Schweiz ist seit 1998 weitgehend liberalisiert. Die Interkonnektionsvorschriften, die dem Bund die Kompetenz geben, in die Vertragsautonomie der *Swisscom* einzugreifen, sind deshalb als Überbleibsel einer staatlichen Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG betrachten. Wenn das Bundesgericht die Entbündelung vom Interkonnektionsregime ausschliesst, so müsste daraus gefolgert werden, dass der Staat in diesem Bereich keine staatliche Markt- und Preisordnung vorsehen wollte und die Wettbewerbskommission somit zuständig ist.

Ähnlich wie im Energiebereich<sup>67</sup> deutet auch im Fernmeldebereich einiges in der jüngsten Praxis der Wettbewerbskommission darauf hin, den Anliegen der *essential facilities*-Doktrin ein stärkeres Gewicht geben zu wollen.<sup>68</sup> Indessen gebietet nicht nur die umstrittene Zuständigkeit der Wettbewerbskommission Zurückhaltung, sondern es wäre – angesichts ihrer vergleichsweise schwachen Position im Gleichgewicht staatlicher Institutionen – auch staatspolitisch waghalsig, wenn sie die *Swisscom* in konkreten Fällen zur Entbündelung zu verpflichten und damit einer Regelung der Frage im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vorgreifen würde.

Selbst wenn die Wettbewerbskommission ein solches Wagnis einginge, würde es sich dabei immer um Einzelfallentscheide handeln, die – zum Preis hoher Transaktionskosten – bloss dem konkreten FDA in einer ganz spezifischen Konstellation helfen würden, nicht aber das Problem der letzten Meile als solches lösen könnten. Zu bedenken ist ferner, dass die Regeln der *essential facilities*-Doktrin – im Unterschied zu den Interkonnektionsvorschriften des FMG – lediglich im Fall des *Missbrauchs* einer marktbeherrschenden Stellung

---

<sup>66</sup> Das Bundesgericht argumentierte im *CommCare*-Entscheid vom 3. Oktober 2001 (a.a.O., E. 6 c), dass die geltenden Interkonnektionsvorschriften bloss eine sektorielle Regelung darstellten, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse.

<sup>67</sup> Vgl. den bereits erwähnten folgenschweren Entscheid der Wettbewerbskommission vom 5. März 2001 betreffend Untersuchung i.S. *Watt/Migros - EEF*, in: RPW 2001/2, 255 ff.

<sup>68</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang die Verfügung vom 6. Mai 2002, womit die Wettbewerbskommission eine Untersuchung gegen die *Swisscom* wegen Verletzung von Art. 7 KG eröffnete und die *Swisscom* vorsorglich verpflichtete, ab sofort allen Wiederverkäufern von ADSL-Diensten den gleichen Rabatt wie der Bluewin zu gewähren. Vgl. RPW 2002/3, 440 ff. Ferner behielt sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission in seinem Schlussbericht vom 7. Februar zur Vorabklärung i.S. xDSL-Dienste der *Swisscom*, in: RPW 2001/1, 75, ausdrücklich vor, die Frage der Anwendbarkeit von Art. 7 KG auf Fragen der Entbündelung der letzten Meile neu zu beurteilen, falls das Bundesgericht die Anwendbarkeit der Interkonnektionsregeln verneine.

greifen. Unter das Missbrauchsverbot der *essential facilities*-Doktrin fällt lediglich die vollständige Zugangsverweigerung. Davon ist in der Schweizer Realität jedoch nicht die Rede, da *Swisscom* sowohl ein *Wholesale*- als auch ein *Retail*angebot offeriert. So ist es einem KMU heute ohne weiteres möglich, z.B. eine Zwei-Megabit-Mietleitung von *Swisscom* zu mieten. Verwehrt bleibt ihm jedoch, diese via *Sunrise* zu erhalten, sofern letztere nicht ein eigenes Glasfasernetz erstellt.<sup>69</sup>

#### 1.4. Zwischenfazit für das Schweizer Recht de lege lata

Mit dem Entscheid des Bundesrates vom 7. März 2003, die Entbündelung der letzten Meile auf dem Verordnungsweg einzuführen, hat sich die Situation für neue FDA nur theoretisch gebessert. *Swisscom* hat angekündigt, jeden Entbündelungsentscheid der ComCom beim Bundesgericht anzufechten. Im bundesgerichtlichen Verfahren wird die Frage im Zentrum stehen, ob die gesetzliche Grundlage im FMG ausreicht, um die Entbündelung auf dem Verordnungsweg herbeizuführen. Der Bundesrat scheint selbst seine Zweifel daran zu haben – jedenfalls ist dies aus seiner verzagten Bekanntgabe des Entbündelungsentscheids zu schliessen. Angesichts der Gewichtigungen, welche das Bundesgericht dem Urteil *Commcare* zugrunde legte, besteht für neue FDA wenig Hoffnung, dass es diesmal zu ihren Gunsten entscheiden wird. Wie der vorstehende Abschnitt gezeigt hat, ist auch der wettbewerbsrechtliche Weg mit erheblichen Unsicherheiten und Unzulänglichkeiten für neue FDA verbunden. Abgesehen von Zweifeln an der Kompetenz der Wettbewerbskommission, die Liberalisierung der letzten Meile zu erzwingen, ist dieses Verfahren einzelfallorientiert und mit hohen Transaktionskosten für die Beteiligten verbunden.

Somit wird noch einige Zeit vergehen, bis der Markt auch auf diesem Netzabschnitt effektiv liberalisiert ist. Während dieser Zeit hat *Swisscom* die Möglichkeit, kraft ihrer *first mover*-Vorteile auch in den zur Infrastruktur nachgelagerten Breitbandmärkten ihre Stellung auszubauen und gegen Konkurrenz abzusichern. Das wirkt sich zum Nachteil von KMU aus, die z.B. im Bereich Audiovision über Internet neue Geschäftsmodelle realisieren möchten. Verantwortlich für diese Verzögerung ist nicht nur das *Commcare*-Urteil des Bundesgerichts, sondern auch der Bundesrat, dessen halbherziges Eintreten für die Sache der Entbündelung seinen tieferen Grund auch darin haben mag, dass der Eidgenossenschaft rund 65% der *Swisscom*-Aktien gehören.

---

<sup>69</sup> Das kann dann ärgerlich sein, wenn ein KMU seine gesamten Fernmeldedienste über ein und denselben FDA abgewickelt haben möchte.

## 2. Kann das WTO-Recht den KMU helfen?

Am 18. April 2002 setzte die Streitbeilegungsbehörde der WTO ein Panel ein, um einen schon seit längerer Zeit andauernden Handelsstreit zwischen den USA und Mexiko betreffend Fernmeldedienste zu entscheiden. Die USA werfen Mexiko vor, seine im Rahmen des GATS eingegangenen Verpflichtungen im Telekommunikationssektor in mehreren Fällen verletzt zu haben.<sup>70</sup> Im hier interessierenden Zusammenhang besteht der US-amerikanische Hauptvorwurf darin, dass das mexikanische Recht nicht dafür Sorge, dass *Telmex* (die dominierende mexikanische FDA) US-amerikanischen FDA Interkonnektion zu fairen Bedingungen anbiete. Zunächst seien die Interkonnektionsgebühren, der *Telmex* stark überhöht. Ferner habe Mexiko in seiner *list of commitments*<sup>71</sup> zum Telekommunikationssektor spezifische Verpflichtungen akzeptiert und auch das *Reference Paper* (RP) übernommen. Die Abschnitte 2.1 und 2.2 des RP verpflichteten Mexiko, dafür zu sorgen, dass *Telmex* Interkonnektion gewähre. Interkonnektion setze einen genügend entbündelten Netzzugang voraus, weil nur so verhindert werden könne, dass FDA für Netzkomponenten bezahlen, die sie nicht benötigen. Weiter heisst es: «The United States considers that Mexico has not complied with Sections 2.1 and 2.2 of the Reference Paper in connection with the basic telecom commitments that Mexico has undertaken in the GATS (...)»<sup>72</sup>

Die Kritik der USA im Bereich des Fernmeldesektors richtet sich aber nicht nur gegen Mexiko, sondern auch gegen die Schweiz. In einem Bericht vom 3. April 2002 warf der *United States Trade Representative* (USTR) der Schweiz vor, ihre Liberalisierungsverpflichtungen im Telekommunikationssektor des GATS nicht zu erfüllen.<sup>73</sup> Bemängelt wurden insbesondere die Modalitäten des Zugangs zu Mietleitungen. Ferner wurde geltend gemacht, dass die US-amerikanischen Unternehmen für Mietleitungen der *Swisscom* überhöhte Preise zu bezahlen hätten. Die Schweiz sei durch das WTO-Recht indessen verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ausländische FDA Zugang zu Mietleitungen «on reasonable terms and conditions» erhalten. Der USTR

---

<sup>70</sup> Vgl. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, Request for the Establishment of a Panel by the United States, WT/DS204/3, 18. February 2002.

<sup>71</sup> *Mexico, List of Specific Commitments*, GATS/SC/56/Suppl.2.

<sup>72</sup> Vgl. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, Request for the Establishment of a Panel by the United States, a.a.O., Abschnitt 1.

<sup>73</sup> Office of the United States Trade Representative, USTR 2002 Review of Telecom Trade Agreements Highlights Compliance Concerns in the EU, Japan, Mexico, And Switzerland, a.a.O.

forderte u.a. den Schweizer Regulator auf, im Sinne einer *Ex ante*-Regulation Richtpreise für Mietleitungen zu definieren.

Angesichts solcher Vorwürfe und des Risikos einer Klage der USA gegen die Schweiz ist eine genauere Analyse der Schweizer Verpflichtungen im Telekommunikationsrecht der WTO angezeigt. Telekommunikationsdienste sind im Dienstleistungsabkommen der WTO, d.h. im *General Agreement on Trade in Services* (GATS) geregelt. Das GATS ist für die Schweiz am 1. Juli 1995 in Kraft getreten. Weil im Bereich der Telekommunikationsgrunddienste bis zum Abschluss der Uruguay-Runde 1994 nur wenige Staaten Verpflichtungen eingingen, waren Nachverhandlungen nötig. Diese konnten erst am 14. April 1997 mit dem sogenannten 4. Protokoll abgeschlossen werden.<sup>74</sup> Das am 5. Februar 1998 in Kraft getretene 4. Protokoll ist ein nur eine Seite umfassendes Protokoll zum GATS, dem aber die Verpflichtungen angehängt sind, welche die WTO-Mitgliedstaaten im Bereich der *Basic Telecommunications Services* eingegangen sind.<sup>75</sup> Will man sich eine Vorstellung davon machen, welche Verpflichtungen die Schweiz in diesem Bereich binden, sind folglich die Einträge ihrer Verpflichtungsliste (siehe nebenstehende Tabelle) zu analysieren.

Die Verpflichtungsliste ist in vier Spalten gegliedert. Eine Verpflichtung zur Gewährung von Marktzugang oder Inländerbehandlung besteht nur, wenn ein bestimmter Subsektor in der 1. Spalte eingetragen ist. In der zweiten bzw. dritten Spalte können Marktzugang bzw. Inländerbehandlung in einem daselbst zu präzisierenden Umfang eingeschränkt werden. Diese Präzisierungen können für jede einzelne der vier Erbringungsarten (*cross-border supply, consumption abroad, commercial presence* und *presence of natural persons*) individualisiert erfolgen. Mit Ausnahme der 4. Erbringungsart (*presence of natural persons*) hat sich die Schweiz in den hier interessierenden Subsektoren *voice telephone services, packet switched data transmission, circuit-switched data transmission* und *private leased circuit services* maximal verpflichtet und keine Einschränkungen vorbehalten, was sie mit dem Eintrag *none* zum Ausdruck bringt.

---

<sup>74</sup> Vgl. Christoph Beat Graber, 2003a: Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO. Völkerrechtliche, ökonomische und kulturpolitische Grundlagen einer globalen Medienordnung, Bern 2003, 199 f.

<sup>75</sup> Abkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation. Viertes Protokoll betreffend den Anhang zu Verhandlungen über Basis-Telekommunikationsdienstleistungen des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen vom 15. April 1997. In Kraft getreten für die Schweiz am 5. Februar 1998, AS 1998 2049.

**Switzerland, Schedule of Specific Commitments, Basic Telecommunications Services, GATS/SC/83/Suppl.3/Rev.1 (Auszug)**

**Modes of supply:** (1) Cross-border supply, (2) Consumption abroad, (3) Commercial presence, (4) Presence of natural persons

Sector or Sub sector	Limitations on Market Access	Limitations on National Treatment	Additional Commitments
<b>2.C. Telecommunications Services</b>			
All Telecommunications Sectors			
a) Voice telephone services (CPC 7521)	(1) None (2) None (3) None (4) Unbound except as indicated in Part I	(1) None (2) None (3) None (4) Unbound except as indicated in Part I	As annexed.
b) Packet switched data transmission (CPC 7523**)	(1) None (2) None (3) None (4) Unbound except as indicated in Part I	(1) None (2) None (3) None (4) Unbound except as indicated in Part I	
c) Circuit-switched data transmission (CPC 7523**)	(1) None (2) None (3) None (4) Unbound except as indicated in Part I	(1) None (2) None (3) None (4) Unbound except as indicated in Part I	
(...)			
g) Private leased circuit services (CPC 7522** + 7523**)	(1) None (2) None (3) None (4) Unbound except as indicated in Part I	(1) None (2) None (3) None (4) Unbound except as indicated in Part I	

Die vierte Kolonne der Liste schliesslich ist für zusätzliche Verpflichtungen reserviert. Wichtig ist festzuhalten, dass diese Spalte akzessorisch zu den Spalten 1 bis 3 ist, d.h., dass die hier eingetragenen *commitments* die bereits in jenen Spalten figurierenden Verpflichtungen ergänzen. Wie weitere Industriestaaten verweist auch die Schweiz hier auf einen *annex*, den sie ihrer Verpflichtungsliste angehängt hat. Dieser Anhang inkorporiert fast unverändert die Verpflichtungen, die im sogenannten *Reference Paper* (RP) definiert wurden. Das RP seinerseits formuliert wichtige regulatorische Prinzipien, die letztlich den ganzen Telekommunikationsbereich betreffen.<sup>76</sup> So finden sich hier nicht nur Regeln zu Fragen von Grundversorgung, Lizenzverfahren, Wettbewerbsschutz, Unabhängigkeit der Regulation und Ressourcenallokation, sondern auch zur Interkonnektion. Die Interkonnektionsregeln sind im hier zu diskutierenden Zusammenhang von besonderem Interesse. Im erwähnten *Reference Paper*-Anhang der Schweiz ist unter dem Titel Interkonnektion folgendes zu lesen:

«Interconnection with a major supplier will be ensured at any technically feasible point in the network. Such interconnection is provided

(...)

b) in a timely fashion, on terms, conditions (including technical standards and specifications) and cost-oriented rates that are transparent, reasonable, having regard to economic feasibility, and sufficiently unbundled so that the supplier need not pay for network components or facilities that it does not require for the service to be provided...».

Welches sind die Wirkungen dieser Verpflichtungen der Schweiz? Erstens zwingen die Bestimmungen der Liste inklusive Anhang den Schweizer Gesetzgeber dazu, das nationale Fernmelderecht so auszugestalten, dass Interkonnektion an jedem technisch möglichen Punkt, d.h. auch im Bereich des Anschlussnetzes verlangt werden kann. Der Netzzusammenschluss muss genügend entbündelt möglich sein. Diese Entbündelungsverpflichtung soll sicherzustellen, dass Nachfrager nicht für Dienste bezahlen müssen, die sie gar nicht benötigen. Zweitens sind diese Bestimmungen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung einer innerstaatlichen Rechtsnorm (Art. 5 Abs. 4 und 191 BV) beachtlich.<sup>77</sup> Drittens

<sup>76</sup> Dazu ausführlich Graber, 2003a, a.a.O., 204–207.

<sup>77</sup> Vgl. Yvo Hangartner, 2002: Artikel 191, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, Rz. 18; Daniel Wüger, 2001: Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger (Hrsg.), Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, 142 ff.; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hotte-lier, 2000: Droit constitutionnel suisse, vol. 1, Bern 2000, Rz. 1833.

stellt sich die Frage, ob die fraglichen Bestimmungen von Schweizer Behörden und Gerichten direkt angewendet werden können. Träfe dies zu, so könnten sich alternative FDA ungeachtet einer fehlenden Grundlage im FMG direkt auf Staatsvertragsrecht berufen, um *Swisscom* zur Entbündelung der letzten Meile zu zwingen.

Die Frage, ob einzelne Bestimmungen des WTO-Rechts im Schweizer Recht direkt angewendet werden können, ist umstritten.<sup>78</sup> Nach der von der neueren Lehre vertretenen m.E. richtigen Auffassung hat der nationale Richter von der Auslegung der konkreten staatsvertraglichen Norm auszugehen.<sup>79</sup> Er muss deshalb zunächst prüfen, ob die Vertragsparteien diese Frage verbindlich geregelt haben.<sup>80</sup> Massgeblich für die Interpretation von Staatsverträgen ist die Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK).<sup>81</sup> Nach den Grundsätzen von Art. 31 ff. VRK sind völkerrechtliche Verträge nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der Bedeutung der fraglichen Bestimmungen in ihrem Kontext und unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Vertrages ausulegen. Im WTO-Recht wird die Frage des *direct effect* des WTO-Rechts nicht ausdrücklich geregelt.<sup>82</sup> Zu prüfen ist somit, ob die fraglichen Bestimmungen des GATS, die für die Schweiz gelten, nach Schweizer Recht direkt anwendbar sind.

Das Bundesgericht entschied 1986, dass sich Individuen vor Schweizer Gerichten nicht auf GATT-Recht berufen können.<sup>83</sup> Es begründete den Entscheid mit dem Argument, dass der Wortlaut der in Frage stehenden Bestimmungen zu vage sei, um von einem Gericht direkt angewendet werden zu können. Die-

---

<sup>78</sup> Zu den Argumenten in Rechtsprechung und Literatur pro und contra direkte Anwendbarkeit des WTO-Rechts vgl. Thomas Cottier/Manfred Wagner, 2001: Grundzüge der Weltwirtschaftsordnung, in: Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, Dritte Auflage, Bern 2001, 937 ff. und Daniel Thürer, 1996: WTO – Teilordnung im System des Völker- und Europarechts, in: Daniel Thürer/Stephan Kux (Hrsg.), GATT 94 und die Welthandelsorganisation, Zürich 1996, 41, 50 ff.

<sup>79</sup> Wüger, 2001, a.a.O., 107 f.; Patrick Edgar Holzer, 1998: Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Zürich 1998, 55 ff., 61 ff. Für eine rechtsvergleichende Sicht neuerdings auch Helen Keller, 2003: Rezeption des Völkerrechts, Berlin etc. 2003, insbesondere 13 ff., 125 ff., 348 ff., 489 ff.

<sup>80</sup> Wüger, 2001, a.a.O., 110 f.; Holzer, 1998, a.a.O., 55.

<sup>81</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft getreten (SR 0.111); vgl. Wüger, 2001, a.a.O., 111 f.

<sup>82</sup> Vgl. Thomas Cottier/Krista Nadakavukaren Schefer, 1998: The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law, in: Journal of International Economic Law, vol. 1, 1998, 91 ff.

<sup>83</sup> BGE 112 Ib 183, 189–90 (*Maison G. c. Direction générale des douanes*).

se Argumentation ist in der Literatur auf Kritik gestossen.<sup>84</sup> In der Botschaft zur Genehmigung des GATT/WTO-Übereinkommens vertrat der Bundesrat dann die Meinung, dass gewisse Normen (v. a. des neuen TRIPS-Abkommens) direkt anwendbar seien.<sup>85</sup> Hingegen lehnte es das Bundesgericht in einem 1999 ergangenen Urteil ab, aus den GATS-Regeln über die Telekommunikation unmittelbar anwendbare Rechte abzuleiten.<sup>86</sup> Im bereits zitierten *Commcare*-Urteil vom 3. Oktober 2001 lässt das Bundesgericht die Frage der direkten Anwendbarkeit des GATS-Telekommunikationsrechts zwar offen,<sup>87</sup> macht dann aber allenfalls aufkeimende Hoffnungen auf eine baldige Praxisänderung mit der anschliessenden Feststellung zunichte: Dem GATS-Rechts könne auch im Falle seiner direkten Anwendbarkeit weder ein subjektives Recht auf Entbündelung noch auf Interkonnektion entnommen werden, weil das GATS-Recht so oder so zu vage bleibe. Dieser Punkt überzeugt aus zwei Gründen nicht: Erstens wiederholt hier das Bundesgericht gebetsmühlenartig seine alte, unter dem GATT entwickelte Praxis, ohne zur Kenntnis zu nehmen, dass sich das neue GATS-Recht durch eine hohe Regelungsdichte auszeichnet und das WTO-Recht einem völkerrechtlich einzigartigen verbindlichen und durchsetzbaren Streitbeilegungsverfahren unterliegt. Zweitens stimmt dieser Punkt auch logisch nicht: Wenn die hinreichende Bestimmtheit einer Norm Voraussetzung ihrer direkten Anwendbarkeit ist, kann folglich umgekehrt eine direkt anwendbare Norm nicht «vage» sein.

Das Urteil des Bundesgerichts im Fall *Commcare* überzeugt somit auch in seiner Interpretation der für die Schweiz im Rahmen des WTO-Telekommunikationsrechts bestehenden Verpflichtungen nicht.<sup>88</sup> Bei den massgeblichen Einträgen handelt es sich nicht um blosse Programmartikel,<sup>89</sup> welche die

---

<sup>84</sup> Cottier/Nadakavukaren Schefer, 1998, a.a.O., 109 kritisieren die Argumentation des Bundesgerichts mit dem Hinweis auf die beachtliche Regelungsdichte des GATT-Rechts, die mit dem Übergang zur WTO und einem verbindlichen und durchsetzbaren Streitbeilegungsverfahren noch zugenommen hat.

<sup>85</sup> Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen, BBl 1994 IV 286–288.

<sup>86</sup> BGE 125 II 293, 306 E. 4d. Das Bundesgericht entschied hier, dass das GATS lediglich Signatarstaaten verpflichte und keine unmittelbar anwendbaren Rechte schaffe, auf die sich Fernmeldeunternehmen berufen könnten. Vgl. Cottier/Wagner, 2001, a.a.O., 939.

<sup>87</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 und 2A.505/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. *Commcare*, a.a.O., E. 9 c. Bemerkenswert ist, dass es das Bundesgericht einem Schweizer Telekommunikationsunternehmen aus Gründen der Nationalität allein nicht verwehren würde, gegen die *Swisscom* vorzugehen.

<sup>88</sup> Christoph Beat Graber, 2003b: Rechtsprechungsübersicht 2000-2002 auf den Gebieten des Rundfunks und der Telekommunikation, in: *medialex* 1/2003, 62 f.

<sup>89</sup> Vgl. zur Bedeutung dieses Kriteriums in der bundesgerichtlichen Praxis insbesondere BGE 120 Ia 1, 11 ff.; Wüger, 2001, a.a.O., 117.

Materie nur in Umrissen regeln, sondern es wird darin klar und hinreichend bestimmt<sup>90</sup> die Pflicht zur Gewährleistung der Entbündelung ebenso wie der Interkonnektion zu kostenorientierten Preisen festgehalten. Diese Pflichten bedürfen keiner Umsetzung in staatliches Recht, um von einer Behörde oder einem Gericht angewendet werden zu können.<sup>91</sup> Damit sind die Voraussetzungen erfüllt, die Lehre und Praxis in der Schweiz an die direkte Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Norm knüpfen.<sup>92</sup>

### **3. Was unternimmt die EG, um KMU den Zugang zur Breitbandkommunikation zu erleichtern?**

Die Schweiz ist nicht Mitglied der EG. Telekommunikationsdienste sind auch nicht Gegenstand des Freihandelsabkommens von 1972<sup>93</sup> oder der sektoriellen Abkommen I zwischen der Schweiz und der EG.<sup>94</sup> Dennoch ist das EG-Fernmelderecht für die Schweiz von Bedeutung: Erstens steht die allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen auf der Traktandenliste bilateraler Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EG.<sup>95</sup> Zweitens verlangt die Schweizer

---

<sup>90</sup> Zur bundesgerichtlichen Praxis bezüglich des Kriteriums der «hinreichenden Bestimmtheit» vgl. Wüger, 2001, a.a.O., 127 ff.

<sup>91</sup> BGE 124 III 90, 91; 120 Ia 1, 11 ff.; 111 Ib 161, 164; 98 Ib 385, 388; vgl. Wüger, 2001, a.a.O., 145 ff.; Thomas Cottier/Maya Hertig, 2000: Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, 25.

<sup>92</sup> BGE 126 I 240, 243; 125 III 277, 281; 118 Ia 112, 116 f.; Yvo Hangartner, 2002: Artikel 5, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, Rz. 42; Wüger, 2001, a.a.O., 93 ff.; Cottier/Hertig, 2000, a.a.O., 25–30.

<sup>93</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401).

<sup>94</sup> Sektorielle Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft vom 21. Juni 1999, BBl 1999, 6489 ff.; ABl. 2002 Nr. L 114 vom 30. April 2002, 1 ff.

<sup>95</sup> Die Erklärungen der Parteien über weitere Verhandlungen finden sich in der Schlussakte des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681, BBl 1999, 7107 ff. In der dort festgehaltenen gemeinsamen Erklärung über eine allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen haben sich die Schweiz und die Europäische Gemeinschaft verpflichtet, «so bald wie möglich Verhandlungen über eine allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Besitzstands aufzunehmen» (BBl 1999, 7108). Der Bundesrat gab am 25. März 2003 bekannt, dass das Dossier «Dienstleistungen» aus den Bilateralen II herausgelöst und separat weiter verhandelt wird. Vgl. NZZ Online vom 25. März 2003 (verfügbar unter: [www.nzz.ch/2003/03/26/il/page-article8RDOA.html](http://www.nzz.ch/2003/03/26/il/page-article8RDOA.html)).

Aussenwirtschaftspolitik, das Schweizer Fernmelderecht europakompatibel auszugestalten, um die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Wirtschaft zu verbessern.

Im Sinne eines vergleichenden Seitenblicks soll nachfolgend deshalb kurz referiert werden, wie die EG die Entbündelung regelt:

Die EG-Kommission legte in einer Mitteilung vom 26. April 2000 dar, dass die Entbündelung den Wettbewerb im Bereich der Sprachtelefonie und der Entwicklung von Breitbandtelekommunikation fördern könne.<sup>96</sup> Sie unterschied mit dem *full access*, dem *shared line access* und dem *bitstream access* drei Entbündelungsarten, die sie als komplementär bezeichnete.<sup>97</sup> Im Mai 2000 veröffentlichte sie eine Empfehlung, worin sie den Mitgliedstaaten nahelegte, «rechtliche Massnahmen zu ergreifen, um den vollständig entbündelten Zugang zum Kupfer-Teilnehmeranschluss gemeldeter Betreiber zu transparenten, neutralen und nichtdiskriminierenden Bedingungen vorzuschreiben».<sup>98</sup> Die Kommission musste aber bald erkennen, dass der über die Empfehlung gewählte *soft law approach* der strategischen Bedeutung nicht adäquat war, die sie der Entbündelung der letzten Meile inzwischen zuerkannte.<sup>99</sup> Sie erliess deshalb rasch eine Entbündelungsverordnung, die bereits am 2. Januar 2001 in Kraft trat.<sup>100</sup>

Die Entbündelungsverordnung (LLU-VO) ist – wie jede EG-Verordnung – in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat für alle Rechtsadressaten, einschliesslich nationale Behörden und private Unternehmen, und öffnet den direkten Rechtsweg an den EuGH.<sup>101</sup> Von Bedeutung ist,

---

<sup>96</sup> Europäische Kommission: Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschliesslich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, Mitteilung vom 26. April 2000, KOM(2000) 237 endg., ABl. 272/55, 23.9.2000.

<sup>97</sup> A.a.O., 56.

<sup>98</sup> Art. 1 Abs. 1 der Empfehlung 2000/417/EG der Europäischen Kommission vom 25. Mai 2000 betreffend den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluß: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette elektronischer Kommunikationsdienste einschliesslich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, ABl. L 156/44, 29. Juni 2000.

<sup>99</sup> Vgl. Nikolinakos, 2001, a.a.O., 277 f.

<sup>100</sup> Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. L 336 vom 30.12.2000.

<sup>101</sup> Vgl. Stephan Breitenmoser/André Husheer, 2002: Europarecht, Band I, Zürich 2002, Rz. 296 f.; Matthias Ruffert, 1999: Artikel 249 EG-Vertrag, in: Christian Calliess/Matthias

dass der neue Telekommunikationsrahmen der EG die Entbündelung auf dem Weg einer *Ex ante*-Regulierung angeht. Die LLU verpflichtet «gemeldete Betreiber», der Konkurrenz den entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen und den zugehörigen Einrichtungen zu gewähren (Art. 1 Abs. 2 LLU-VO). Zur Meldung an die Kommission verpflichtet sind gemäss Art. 2 Bst. a LLU-VO FDA mit beträchtlicher Marktmacht (*significant market power*) im Bereich der Anschlussnetze. Die gemeldeten FDA sind verpflichtet, ein in einem Anhang zur LLU-VO definiertes Minimalangebot für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschlussnetz zu veröffentlichen. Unter den Begriff «entbündelter Zugang zur letzten Meile» fasst die neue Verordnung die vollständige Entbündelung und den gemeinsamen Zugang, nicht aber den schnellen Bitstrom-Zugang. Es wäre indessen verfehlt zu folgern, dass diese Zugangsform von der Entbündelung ausgenommen sei. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diese einfachste Form der Entbündelung den Nachfragern bereits aufgrund des Diskriminierungsverbotes zur Verfügung stehen muss, sofern die gemeldete FDA ihren Kunden diesen Zugang ermöglichen.<sup>102</sup>

Das veröffentlichte Standardangebot muss u.a. Angaben zu den technischen Voraussetzungen des Zugangs zu den relevanten Standorten für den physischen Zugang und zu den Kollokationsmöglichkeiten enthalten. Unter Kollokation wird gemäss Art. 2 Bst. h LLU-VO die physische Bereitstellung von Raum und technischen Einrichtungen verstanden, die ein Nachfrager benötigt, um sein Netz mit dem Anschlussnetz verbinden zu können. Die Preise für den Zusammenschluss sind kostenorientiert festzulegen (Art. 3 Abs. 3 LLU-VO). Art. 4 Abs. 4 LLU-VO macht indessen deutlich, dass die VO eine marktorientierte Festlegung der Kosten erlaubt, sofern die nationale Regulierungsbehörde feststellt, dass auf dem Markt hinreichende Zugangsalternativen existieren, um einen Wettbewerb zu ermöglichen. Diese Bestimmung ist von Bedeutung, weil für die Zukunft zu erwarten ist, dass alternative Zugangstechnologien wie z.B. Kabel- und Satellitennetze, WLL, Powerline, UMTS, Laser etc. ihre derzeitigen technischen Mängel überwinden und dereinst in Konkurrenz zur ADSL-Technologie treten. Die Vorschrift verhindert somit, dass negative Investitionsanreize geschaffen werden.

Die Aufsicht über die Umsetzung der Verordnung obliegt den nationalen Regulierungsbehörden, die insbesondere sicherzustellen haben, dass durch die

---

Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999, Rz. 38–42; Thomas Oppermann, 1999: Europarecht, 2. Auflage, München 1999, Rz. 539.

<sup>102</sup> Nikolinakos, 2001, a.a.O., 279; Europäische Kommission: Achter Bericht der Kommission über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor vom 3. Dezember 2002, KOM(2002) 695 endg., Abschnitte 4.4. und 4.5.

Tarifgestaltung für die Entbündelung ein «fairer und nachhaltiger Wettbewerb» gefördert wird (Art. 4 Abs. 1 LLU-VO).

Welche Erfahrungen hat die EG mit der Entbündelungsverordnung gemacht? Die im EU-Raum tätigen alternativen FDA sind mit den im Bereich der Entbündelung gemachten Fortschritten nicht zufrieden: Im Juli 2002 beschwerte sich beispielsweise ein Konsortium von Telekom-Unternehmungen bei der EG-Wettbewerbskommission gegen ein «methodological anti-competitive behaviour» eingesessener Anbieterinnen im Bereich der letzten Meile.<sup>103</sup> Auch die EG-Kommission bemängelte im Siebten Bericht zur Durchsetzung des Telekommunikationsreformpakets Ende 2001, dass die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses «äusserst unbefriedigend» sei.<sup>104</sup> Als Hauptursache nannte die Kommission das renitente Verhalten der etablierten FDA, die immer neue Mittel und Wege fänden, den Wettbewerb zu verhindern.<sup>105</sup> Im Mai 2002 eröffnete die Kommission in dieser Angelegenheit ein Verfahren gegen *France Télécom* und *Deutsche Telekom* wegen Machtmissbrauchs im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag. Gleichzeitig instanzierte sie ein Aufsichtsverfahren im Sinne von Art. 226 EG-Vertrag gegen Deutschland, Frankreich, Irland, Holland und Portugal, u.a. weil das Standard-Entbündelungsangebot dieser Mitgliedstaaten nicht hinreichend aufgegliedert ist.<sup>106</sup> Die nationalen Regulierungsbehörden waren bei der Umsetzung der LLU-VO am häufigsten gezwungen, wegen Tariffragen und Kollokationsproblemen einzuschreiten. Vor allem bei der Kollokation stossen neue Marktteilnehmer auf Schwierigkeiten, weil diese den effektiven Zutritt zu Standorten etablierter Anbieterinnen erfordert.<sup>107</sup> Die Tatsache, dass bis zum 1. Oktober 2002 von den insgesamt 187 Millionen Teilnehmeranschlüssen in der EU erst gut 1 Million entbündelt waren,<sup>108</sup> zeigt, dass die Entbündelung ein langwieriger Prozess ist, der in der EU erst am Anfang steht.

---

<sup>103</sup> The Economist, Special Report. The Telecoms Crisis, 20. Juli 2002, 59

<sup>104</sup> Ziff. 4.2.4. der Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Siebter Bericht über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor, KOM(2001) 706.

<sup>105</sup> Im Umfeld der Kommission wird dies als *3D Strategy* bezeichnet: *Deny* (verweigern), *Defer* (verzögern) *Deter* (abhalten). Vgl. Financial Times, 27. Februar 2002.

<sup>106</sup> Europäische Kommission: Achter Bericht der Kommission über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor vom 3. Dezember 2002, KOM(2002) 695 endg., Abschnitt 4.3.1.

<sup>107</sup> A.a.O., 4.3.

<sup>108</sup> A.a.O.

## 4. Entbündelung de lege ferenda im Schweizer Recht

### 4.1. Die Änderung der Fernmeldedienstverordnung vom März 2003

Mit Änderung der Fernmeldedienstverordnung vom 7. März 2003 hat der Bundesrat nach längerem Zögern die Entbündelung der letzten Meile per 1. April 2003 auf dem Verordnungsweg herbeigeführt. Alternative FDA haben damit zumindest theoretisch ab sofort die Möglichkeit, von *Swisscom* die Interkonnektion im Anschlussnetz zu verlangen. Während alternative FDA nach altem Recht bloss an einem der 36 von *Swisscom* definierten *Points of Interconnection* anloggen durften, dehnt die Entbündelung der letzten Meile die Interkonnektionspflicht der *Swisscom* bis in die Ortzentralen aus. In der Maximalvariante des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (Art. 43 Abs. 1 Bst. a<sup>quinquies</sup> in Verbindung mit Art. 1 Bst. e FDV) bedeutet das, dass ein FDA von *Swisscom* den blanken Draht mieten kann, d.h. eine vollständig entbündelte Verbindung, die ihm – ohne Zwischenschaltung der *Swisscom* – den ausschliesslichen Kundenkontakt ermöglicht. Bloss theoretisch besteht der entbündelte Zugang zur letzten Meile deshalb, weil sich *Swisscom* dagegen sperrt und gegen eine nach gescheiterten Verhandlungen erlassene Verfügung der ComCom mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gelangen wird (vgl. dazu Abschnitt 4.2 hiernach).

Bezüglich der Definition der drei Spielarten der Entbündelung in Art. 1 Bst. c–e der geänderten FDV folgt der Bundesrat der Regelung, welche die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung vom April 2000 vorgeschlagen hat.<sup>109</sup> Dennoch ist das Schweizer Entbündelungsrecht nicht vollständig mit jenem der EG kompatibel. Der Grund hierfür liegt in der Tatsache, dass der neue Telekommunikationsrahmen der EG die Entbündelung *ex ante* vorschreibt, während der Bundesrat nun ausdrücklich von dieser Lösung Abstand nahm.<sup>110</sup> Noch im April 2002 wollte er dem ordentlichen Gesetzgeber die Verankerung einer *Ex ante*-Regelung im revidierten FMG vorschlagen. Damit hätte die ComCom die Kompetenz erhalten, regelmässig zu prüfen, ob der Wettbewerb

---

<sup>109</sup> Europäische Kommission: Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschliesslich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, Mitteilung vom 26. April 2000, KOM(2000) 237 endg., ABl. 272/55, 23.9.2000. Im Unterschied hierzu zählt die Entbündelungs-Verordnung der EG den schnellen Bitstream-Zugang nicht ausdrücklich als Betriebsart der Entbündelung. Vgl. dazu oben, Abschnitt 3.

<sup>110</sup> Vgl. Medienmitteilung des UVEK vom 26. Februar 2003, <http://www.bakom.ch/de/medieninfo/medienmitteilungen/uvek/artikel/00828/index.html>.

in den fraglichen Märkten wirksam ist oder von marktbeherrschenden Fernmeldediensteanbieterinnen behindert wird. Der nun erfolgte Verzicht auf die *Ex ante*-Regelung ist eine Hiobsbotschaft für alternative FDA, weil ihnen die Last aufgebürdet wird, die Entbündelung gegen die *Swisscom* in jedem einzelnen Fall auf dem Verhandlungs- oder Prozessweg zu erstreiten. Das führt erstens zu hohen Transaktionskosten für die Gesuchstellerinnen. Zweitens wirkt sich das – innenpolitisch motivierte – Zurückkrebsen des Bundesrates auch negativ auf die Rechtssicherheit und die Geschwindigkeit der Verfahren aus. Alle diese Faktoren bremsen den Markteintritt von KMU in den Breitbandmarkt.

## 4.2. Das Problem der gesetzlichen Grundlage

*Swisscom* stellt sich auf den Standpunkt, dass die seit dem 1. April 2003 in der geänderten FDV enthaltene Entbündelungspflicht unwirksam sei, da sie einer genügenden Grundlage im Fernmeldegesetz entbehre. Sie gab bekannt, Entbündelungsgesuche<sup>111</sup> ihrer Konkurrentinnen abzulehnen und jede Verfügung, welche die ComCom gestützt auf die neue Verordnungsbestimmung erlässt, mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weiterzuziehen. Das Problem der gesetzlichen Grundlage ist damit genauer zu prüfen.

Massgeblich ist in erster Linie Art. 11 Abs. 1 letzter Satz FMG, der unter dem Titel «Interkonnektion» folgendes bestimmt:

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

Ähnlich wie das *Reference Paper* der WTO legt diese Bestimmung den Akzent auf Transparenz, kostenorientierte Preisgestaltung und das Diskriminierungsverbot. Der Begriff «Interkonnektion» wird in Art. 3 Bst. e FMG wie folgt definiert:

---

<sup>111</sup> Bei einem sofortigen Interkonnektionsbegehren einer alternativen FDA sind zunächst drei Monate für Verhandlungen abzuwarten. Wird keine vertragliche Einigung erzielt, ist ein Interkonnektionsgesuch an die ComCom möglich. Das Gesuch wird mit einem Antrag verbunden sein, die Entbündelung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sofort zu verfügen. Im Interkonnektionsverfahren *TDC Switzerland c. Swisscom* hiess die ComCom ein solches Gesuch gut. Das Bundesgericht hob diese Verfügung jedoch wieder auf, weil es die Interessen der *Swisscom* am *status quo* stärker gewichtete als jene der Gesuchstellerin (BGE 127 II 132, Erwägung 4 c, 139 f.).

«In diesem Gesetz bedeuten:

(...)

e. Interkonnektion: die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht; (...)

Die Formulierung «Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten» ist auslegungsbedürftig. Meines Erachtens ist sie so zu verstehen, dass sie die Verbindung von Fernmeldeanlagen mit anderen Fernmeldeanlagen, wie das bei der Entbündelung der Fall ist, mit umfasst. Der Grund liegt darin, dass Leitungen gemäss Art. 3 Bst. d FMG Anlagen sind und der Austausch von Diensten den Zusammenschluss von Leitungen logisch voraussetzt. Somit bin ich der Auffassung, dass eine genügende gesetzliche Grundlage vorhanden ist, um die Entbündelung in allen drei Varianten auf Verordnungsstufe einzuführen.

Bei seinem erneuten Entscheid in dieser Frage, wird das Bundesgericht nicht nur die rechtlichen, sondern auch die politischen und wirtschaftlichen Argumente für oder gegen eine Lösung auf dem Verordnungsweg in seine Abwägung einbeziehen.

Für die rasche Liberalisierung sprechen volkswirtschaftliche Ziele<sup>112</sup> und die Pflicht zur völkerrechtskonformen Interpretation des innerstaatlichen Rechts.<sup>113</sup> Auf der anderen Seite der Waage fallen jedoch möglicherweise Ansprüche aus dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip ins Gewicht. Aus dem Demokratieprinzip lässt sich in diesem Zusammenhang folgern, dass es sich hier um eine politisch wichtige Frage handelt, die nach einer breiten Abstützung in einem referendumspflichtigen Erlass ruft.<sup>114</sup> Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips sind die Behauptungen der *Swisscom* zu prüfen, dass die Entbündelung der letzten Meile einen Eingriff in ihre Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit darstelle.

Zunächst ist umstritten, ob *Swisscom* überhaupt Trägerin von Grundrechten ist. Das Bundesgericht hat diese Frage im Urteil *Commcare* offengelassen.<sup>115</sup> Auszugehen ist von der Tatsache, dass *Swisscom* eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft ist, an der der Bund gemäss Telekommunikationsunterneh-

---

<sup>112</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt 1.1.

<sup>113</sup> Vgl. Abschnitt 2.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 164 BV.

<sup>115</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 und 2A.505/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. *Commcare* AG c. *Swisscom* AG, E. 7a.

mensgesetz die Mehrheit hält.<sup>116</sup> M.E. ist die Frage der Grundrechtsträgerschaft der *Swisscom* ähnlich zu entscheiden wie jene der SRG, zumal die SRG öffentliche Aufgaben im Kleid eines privatrechtlichen Vereins erfüllt. Diesbezüglich hat das Bundesgericht entschieden, dass sich die SRG soweit auf die Wirtschaftsfreiheit berufen darf, als sie nicht eine ihr übertragene öffentlich-rechtliche Aufgabe erfüllt.<sup>117</sup> M.E. müsste diese Überlegung *mutatis mutandis* auch für *Swisscom* gelten, d.h., der *Swisscom* wäre Grundrechtsträgerschaft zu attestieren, soweit sie nicht im Bereich ihres Grundversorgungsauftrags tätig ist.

Bezüglich der Eigentumsgarantie ist davon auszugehen, dass die *Swisscom* Eigentümerin der letzten Meile ist, dieses Eigentum aber unter der Herrschaft einer *staatlichen* Telekommunikationsordnung erworben hat.<sup>118</sup> Nach der Grundrechtsdogmatik sind Eingriffe in die Eigentumsgarantie zulässig, sofern ein öffentliches Interesse vorhanden ist, das Verhältnismässigkeitsprinzip respektiert, der Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzt und eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Da schwere Eingriffe eine Grundlage in einem formellen Gesetz verlangen, stellt sich die Frage nach der Schwere einer vom Bundesrat verordneten Entbündelung. Diesbezüglich kann gesagt werden, dass *Swisscom* weder beim *full access* noch beim *shared line access* oder *bitstream access* formell enteignet würde. Allerdings liegt eine materielle Enteignung vor. Meines Erachtens könnte höchstens die volle Entbündelung als schwerer Eingriff gesehen werden, da er *Swisscom* dazu zwingt, die Leitung der Konkurrenz zu kostenorientierten Preisen (mit gewisser Verzinsung der Investitionen) zur Verfügung zu stellen. Aber selbst wenn man von einem schweren Eingriff ausginge, wäre Art. 11 FMG in Verbindung mit Art. 3 Bst. e FMG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Interkonnektion. Angesichts der komplexen technologischen Fragen, die sich bei der Interkonnektion stellen, dürfen die Anforderungen an die Bestimmtheit nicht zu streng sein. Aus der Sicht der Eigentumsgarantie reicht die gesetzliche Grundlage somit aus, um die letzte Meile auf dem Verordnungsweg den Interkonnektionsregeln zu unterstellen.

---

<sup>116</sup> Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes, SR 784.11.

<sup>117</sup> Vgl. BGE 123 II 402, E. 3; Urteil des Bundesgerichts 2A.526/2001 vom 29. April 2002, i.S. *Verein gegen Tierfabriken c. SRG*, E. 4.1.

<sup>118</sup> Ähnlich die Argumentation des Deutschen Bundesverwaltungsgerichts in seinem Entbündelungsurteil vom 25. April 2001. Vgl. Thomas Tschentscher/Tobias Bosch, 2001: Diskriminierungsfreier Zugang zum «blanken Draht», in: *Kommunikation und Recht* 10/2001, 519.

Wie steht es mit der Wirtschaftsfreiheit? Wenn sich *Swisscom* im Zusammenhang der Entbündelung der letzten Meile auf die Wirtschaftsfreiheit beruft, so grenzt dies an widersprüchliches Verhalten. Gemäss Art. 27 BV garantiert die Wirtschaftsfreiheit den freien Zugang zu privatwirtschaftlichen Tätigkeiten.<sup>119</sup> Wenn die *Swisscom* behauptet, dass die Interkonnektionsregeln des FMG auf die letzte Meile nicht anwendbar seien, so geht sie implizit davon aus, dass dieser Bereich des Schweizer Fernmeldemarktes noch nicht liberalisiert sei. Beruft sie sich auf die Wirtschaftsfreiheit, so widerspricht sie sich damit selbst. Wollte man in der Argumentation der *Swisscom* in diesem Punkt trotzdem keinen Widerspruch erkennen, so müssten nicht nur die Wirtschaftsfreiheit der Konkurrentinnen der *Swisscom* mitberücksichtigt werden, sondern auch die öffentlichen Interessen, die das Grundrecht beschränken können.<sup>120</sup> Daraus folgt, dass die *Swisscom* in Fragen der Entbündelung ebenso wenig aus der Wirtschaftsfreiheit zu ihren Gunsten ableiten kann wie aus der Eigentums-garantie.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass Gründe einer möglichst breiten Abstützung eines politisch umstrittenen Entscheides dafür sprechen, den Ent-scheid über die Entbündelung der letzten Meile dem Gesetzgeber zu über-lassen. Entgegen der Behauptung der *Swisscom* lässt sich weder aus der Ei-gentums-garantie noch aus der Wirtschaftsfreiheit etwas zu ihren Gunsten ab-leiten. Hingegen sprechen volkswirtschaftliche und völkerrechtliche Gründe für eine rasche Entbündelung. Insgesamt wäre dem Bundesgericht zu emp-fehlen, eine Beschwerde der *Swisscom* abzuweisen und die letzte Meile rasch zu öffnen.

## 5. Schluss

Der Bundesrat beschloss am 7. März 2003, die Entbündelung der letzten Meile auf dem Verordnungsweg einzuführen. *Swisscom* gab sofort bekannt, jede auf die neue FDV gestützte Entbündelungsverfügung der ComCom beim Bundesgericht anzufechten. Das Bundesgericht wird prüfen müssen, ob die neuen Bestimmungen in Art. 43 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup>–a<sup>quinquies</sup> FDV über eine ge-nügende Grundlage im Fernmeldegesetz verfügen. Einmal mehr hat das Bundesgericht damit ein für alternative FDA und zukünftige Breitbandpro-jekte von KMU entscheidendes Urteil zu fällen. Angesichts der wenig entbün-delungsfreundlichen Gewichtigungen, die es im Fall *Commcare* zum Ausdruck brachte, sieht die Prognose nicht günstig aus. Die Chancen für eine Neu-

---

<sup>119</sup> Klaus A. Vallender, 2002: Art. 27, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, Rz. 7, 9–10.

<sup>120</sup> Vgl. Tschentscher/Bosch, 2001, a.a.O., 509.

orientierung des Bundesgerichts hat der Bundesrat selbst verkleinert, als er am 7. März 2003 den Medien mitteilte, dass der letzte Entscheid in dieser Sache dem Parlament zukomme. Damit schürte er beim Bundesgericht Zweifel, ob die neuen Bestimmungen über eine genügende Grundlage im FMG verfügen. Es ist nicht auszuschliessen, dass diese für alternative FDA kontraproduktive Äusserung des Bundesrates ihre Ursache in einem Zielkonflikt zwischen seinen Rollen als Regulator des Telekommunikationsmarktes und Mehrheits-eigentümer der *Swisscom* hat.<sup>121</sup>

Dieser negativen Vorzeichen ungeachtet ist zu hoffen, dass das Bundesgericht bei seinem neuen Entscheid die Auswirkungen bestehender völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz anders beurteilt als im *Commcare*-Urteil. Unsere Analyse des WTO-Telekommunikationsrechts hat ergeben, dass die Schweiz verpflichtet ist, ihr Fernmelderecht so auszugestalten dass Interkonnektion auch im Anschlussnetz entbündelt möglich ist. Der Verfassungsgrundsatz der völkerrechtskonformen Interpretation des innerstaatlichen Rechts zwingt das Bundesgericht, dieser Verpflichtungslage bei der Interpretation von Art. 11 Abs. 1 FMG Rechnung zu tragen und das Vorhandensein einer genügenden gesetzlichen Grundlage zur Entbündelung zu bejahen.

Selbst wenn das Bundesgericht in seinem nächsten Entbündelungsurteil zu Gunsten des Gesuchstellers entscheidet, handelt es sich dabei um einen Einzelfallentscheid, der das Problem der letzten Meile als solches nicht löst. KMU, denen *Swisscom* den entbündelten Zugang zum Breitbandmarkt erschwert oder verweigert, werden auch weiterhin hohe Transaktionskosten in Kauf nehmen müssen, um zu ihrem Recht zu kommen. Abhilfe schaffen würde hier der Übergang zu einer *Ex ante*-Regelung, wie sie das neue Telekommunikationsrecht der EG vorsieht. Im Rahmen der zur Zeit laufenden Revision des Fernmeldegesetzes bestünde an sich die Gelegenheit, eine solche Regelung einzuführen. Auch in dieser Frage muss der Bundesrat kritisiert werden, weil er am 7. März 2003 entschied, von seiner ursprünglichen Absicht, dem Parlament die *Ex ante*-Regelung vorzuschlagen, Abstand zu nehmen. Dieser Entscheid ist auch deshalb bedauerlich, weil das Schweizer Fernmelderecht damit in einem wichtigen Punkt von jenem der Europäischen Gemeinschaft abweichen würde. Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber die Korrektur vornehmen wird, die notwendig ist, um die Europakompatibilität des Schweizer Fernmelderechts herzustellen, sowie dem Breitbandmarkt den von KMU ersehnten Impuls zu geben.

---

<sup>121</sup> Damit erhalten Forderungen Aufwind, welche die Vorschrift des Telekommunikationsunternehmensgesetzes (Art. 6 Abs. 1) abschaffen wollen, die bestimmt, dass der Bund die Mehrheit der *Swisscom*-Aktien kontrollieren muss.

## Literaturverzeichnis

- Auer, Andreas/Malinverni, Giorgio/Hottelier, Michel, 2000: *Droit constitutionnel suisse*, Vol. 1, Bern 2000
- Bovet, Christian/Këllezi, Pranvera, 2002: Positions dominantes dans le secteur des télécommunications. Cadre réglementaire et mesures correctives, in: *medialex* 4/2002, 196–208
- Breitenmoser, Stephan/Husheer, André, 2002: *Europarecht*, Band I, Zürich 2002
- Carron, Benoît, 2002: Commentaire de l'article 3 alinéa 1 LCart, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (éditeurs), *Droit de la concurrence. Commentaire*, Basel 2002
- Cottier, Thomas/Hertig, Maya, 2000: Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung*, Bern 2000, 1–34
- Cottier, Thomas/Nadakavukaren Schefer, Krista, 1998: The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law, in: *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, 83–122
- Cottier, Thomas/Wagner, Manfred, 2001: Grundzüge der Weltwirtschaftsordnung, in: Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts*, Dritte Auflage, Bern 2001, 895–974 ff.
- Fischer, Peter, R., 2002: Regulierung und Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation in der Schweiz, in: Martin Geppert/Ernst-Olav Rühle/Fabian Schuster (Hrsg.), *Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation*, Baden-Baden 2002
- Gabelmann, Anne: 2000: Wettbewerb im Local Loop?, in: Institut für Verkehrswissenschaft der Universität Freiburg i. B., Vortrag im Rahmen des 33. Verkehrswissenschaftlichen Seminars vom 4./5. Oktober 2000. Verfügbar unter: <http://www.vwl.uni-freiburg.de/fakultaet/vw/GabelmannFreiburg2000.pdf> (besucht: August 2002).
- Graber, Christoph Beat, 2003a: Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO. Völkerrechtliche, ökonomische und kulturpolitische Grundlagen einer globalen Medienordnung, Bern 2003
- Graber, Christoph Beat, 2003b: Rechtsprechungsübersicht 2000-2002 auf den Gebieten des Rundfunks und der Telekommunikation, in: *medialex* 1/2003, 59–63
- Hangartner, Yvo, 2002: Artikel 5, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zürich 2002
- Hangartner, Yvo, 2002: Artikel 191, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zürich 2002
- Hausman, Jerry A./Sidak, J. Gregory, 1999: A Consumer-Welfare Approach to the Mandatory Unbundling of Telecommunications Networks, in: *The Yale Law Journal*, vol. 109, 417–505
- Holzer, Patrick Edgar, 1998: Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Zürich 1998
- Hübscher, Barbara/Rieder, Pierre, 1997: Die Bedeutung der «Essential facilities»-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: *sic!* 5/1997, 439–447
- Immenga, Ulrich/Kirchner, Christian/Knieps, Günter/Kruse, Jörn, 2001: *Telekommunikation im Wettbewerb. Eine ordnungspolitische Konzeption nach erfolgreicher Marktöffnung*, München 2001
- Keller, Helen, 2003: *Rezeption des Völkerrechts*, Berlin etc. 2003
- Larouche, Pierre, 2000: *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford etc. 2000

- Merkt, Jutta, 1998: Wettbewerb im Local Loop. Strukturwandel und Netzwettbewerb in Telekommunikationsnetzen, Baden-Baden 1998
- Müller, Jörg Paul/Wildhaber, Luzius, 2001: Praxis des Völkerrechts, Dritte Auflage, Bern 2001
- Nikolinakos, Nikos Th., 2001: Promoting Competition in the Local Access Network: Local Loop Unbundling, in: *European Competition Law Review*, vol. 22, 266–280
- Oppermann, Thomas, 1999: *Europarecht*, 2. Auflage, München 1999
- Poledna, Tomas, 2002: Unbundling – Stolpersteine auf der «letzten Meile», in: *AJP* 3/2002, 328–339
- Rieder, Pierre, 1998: Wettbewerbsrecht und Telekommunikation, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), *Neues Fernmelderecht: Erste Orientierung*, Zürich 1998, 157–177
- Ruffert, Matthias, 1999: Artikel 249 EG-Vertrag, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Neuwied 1999
- Schindler, Katharina, 1998: Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Die «Essential Facility»-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Dissertation, Bern 1998
- Stothers, Christopher, 2001: Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union, *European Competition Law Review*, vol. 22, 2001, 256–262
- Temple Lang, John, 2000: The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law - The Position since Bronner, in: *Journal of Network Industries*, vol. 1, 2000, 375–405
- Thürer, Daniel/Kux, Stephan (Hrsg.), 1996: *GATT 94 und die Welthandelsorganisation*, Zürich 1996
- Treacy, Pat, 1998: Essential Facilities - Is the Tide Turning?, in: *European Competition Law Review*, Issue 8, 1998, 501–505
- Tschentscher Thomas/Bosch Tobias, 2001: Diskriminierungsfreier Zugang zum «blanken Draht», in: *Kommunikation und Recht* 10/2001, 515–519
- Vallender, Klaus A. 2002: Art. 27, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zürich 2002
- Weber, Rolf H., 1995: Entstehung von Marktmacht als Deregulierungsfolgeproblem – das Beispiel der Telekommunikationsmärkte, in: *AJP* 1995, 1149–1161
- Weber, Rolf H., 1996: Wirtschaftliche Ordnung des Information Highway, in: Reto M. Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, Bern 1996, 117–142
- Wegmann, Winfried, 2001: *Regulierte Marktöffnung in der Telekommunikation*, Baden-Baden 2001
- WIK consult, 2002: *Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich*, Bad Honef, April 2002
- Wüger, Daniel, 2001: Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger (Hrsg.), *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Bern 2001, 93–250
- Zäch, Roger, 1999: *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern 1999