

Ursula Widmer¹

Entbündelung der letzten Meile – Ohnmacht trotz Regulierung? Die Situation in der Schweiz im Vergleich zur EU

1. Einleitung

Der Schweizer Telekommunikationsmarkt wurde im Vergleich zum europäischen Ausland erst spät liberalisiert, das heißt erst 1998, mit Inkrafttreten des neuen schweizerischen Fernmeldegesetzes (FMG). Ziel des FMG ist, gemäß dessen Art. 1 Abs. 2 lit. c, zwischen den Marktteilnehmern einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu ermöglichen. Zieht man heute eine Zwischenbilanz betreffend Marktöffnung in der Schweiz, so muss leider festgestellt werden, dass diese in verschiedenen Bereichen noch ungenügend ist. Insbesondere gilt dies für die sogenannte letzte Meile, also den Teilnehmer-Anschlussbereich, für welchen nach wie vor keine gesetzlich explizit festgeschriebene Entbündelungsverpflichtung² besteht. Der Bundesrat, d. h., die Schweizer Regierung, hat zwar kürzlich entschieden, für die Entbündelung einzutreten. Die Umsetzung dieses Entscheides in der Gesetzgebung lässt jedoch auf sich warten, worauf später noch näher eingegangen wird.

Neueste Untersuchungen legen die negativen Folgen der fehlenden Entbündelung für den Wirtschaftsstandort Schweiz klar offen³. Die Schweiz ist im internationalen Vergleich mit der Liberalisierung des Telekommarktes aufgrund der nach wie vor beherrschenden Stellung der Swisscom (der Ex-Monopolistin) im Teilnehmer-Anschlussbereich in einen Rückstand mit zahlreichen negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen geraten. Die fehlende explizite gesetzliche Entbündelungsverpflichtung wirkt sich insbesondere darin aus, dass die Mitbewerber von Swisscom auf deren Vorleistungen (etwa im Hinblick auf die Zurverfügungstellung der ADSL-Technologie und von Mietleitungen) angewiesen sind und sich damit in der misslichen Lage befinden, kein eigenes Produktportfolio bzw. kein integriertes Gesamtportfolio als umfassendes Konkurrenzangebot zum Ex-Monopolisten preisgünstig am Markt offerieren zu können. Damit fehlt es in der Schweiz an Innovationsanreizen und einem entsprechenden Wettbewerbsdruck, was sich naturgemäß nachteilig auf die Entwicklung von zukunftssträchtigen Technologien (wie z.B. Breitbanddiensten) auswirkt.

Vor diesem Hintergrund soll die Schweizer Rechtslage für die Entbündelung der letzten Meile, von den Anfängen der Liberalisierung bis zum Bundesratsbeschluss vom 24.4.2002, dargestellt werden. Abschließend wird aufgezeigt, wie die Schweiz von der Erfahrung der europäischen Nachbarn in diesem Bereich Nutzen ziehen könnte.

2. Der Weg zum Bundesratsentscheid

2.1 Die Anfänge der Liberalisierung

Bei der Analyse der heutigen Situation betreffend die letzte Meile in der Schweiz hilft die Rückbesinnung auf die Anfänge der Marktöffnung. Diese Rückschau zeigt, dass die Schweiz ursprünglich keinesfalls liberalisierungs- bzw. entbündelungsfeindlich eingestellt war, wie dies heute aufgrund der durch die überraschende Gerichtspraxis eingetretenen Entwicklung verstanden werden könnte.

2.1.1 Der Begriff der Interkonnektion gemäß Fernmeldegesetz

Ausgangspunkt – auch für die Frage der Entbündelung der letzten Meile – ist Art. 11 FMG, welcher die Pflicht zur Interkonnektion (Zusammenschaltung) regelt⁴. Diese Bestimmung ist offen und technologieneutral formuliert, um der dynamischen Entwicklung im Telekommunikationssektor Rechnung zu tragen (Poledna AJP 2002, 328). Art. 11 FMG kennt drei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine Interkonnektionspflicht besteht (Fischer 2001, S. 163). Erstens muss es sich bei der Partei, welche die Interkonnektion nachfragt, um einen Anbieter von Fernmeldediensten handeln. Zweitens muss sich die Nachfrage an einen marktbeherrschenden anderen Anbieter von Fernmeldediensten⁵ richten. Und weiter muss die nachgefragte Leistung eine solche der Interkonnektion sein.

Die letztgenannte Voraussetzung bringt große Interpretationsschwierigkeiten mit sich: Art. 11 Abs. 1 FMG definiert den Begriff »Interkonnektion« nicht. Geregelt wird lediglich, wer Interkonnektion zu welchen Konditionen zu gewähren hat. Die Begriffsdefinition findet sich in Art. 3 lit. e FMG. Interkonnektion ist danach die »Verbindung von Fernmeldeanlagen⁶ und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht«. Damit werden folgende Situationen erfasst:

- die physische Verbindung von zwei Fernmeldenetzen und/oder
- die Verbindung von den darüber erbrachten gleichartigen Diensten und/oder
- der Zugang zu den von einem anderen Fernmeldediensteanbieter angebotenen Diensten, um darauf weitere Fernmeldedienste aufzubauen.

Der Wortlaut von Art. 3 lit. e FMG deckt somit den Fall des Zugangs zu den Anschlussleitungen ab. Einerseits spricht er ausdrücklich vom »Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste« und beinhaltet damit, dass die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten sich auch auf eine beliebige Teilmenge und eine wie auch immer definierte Gesamtheit von Fernmeldeanlagen und -diensten beziehen kann. Der Wortlaut setzt zudem nicht zwingend voraus, dass die Verbindung immer nur in bezug auf Fernmelde-

anlagen gemeinsam mit Diensten erfolgen muss. Der in Art. 3 lit. e FMG verwendete Begriff der Fernmeldeanlagen umfasst gemäss Art. 3 lit. d FMG ausdrücklich auch Leitungen, wobei diese selbst nicht mehr weiter spezifiziert werden und daher auch Leitungen im Anschlussnetz erfasst sind (vgl. auch Poledna, AJP 2002, 328). Weiter definiert Art. 3 lit. d FMG Fernmeldeanlagen als »Geräte, Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt sind oder benutzt werden«. Der marktbeherrschende Fernmeldediensteanbieter muss nach diesem weit gefassten Wortlaut der einschlägigen Vorschriften mit folgenden Interkonnectionsfällen rechnen: der Verbindung von Fernmeldeanlagen und -diensten; dem fernmeldetechnischen Zusammenwirken; dem logischen Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Ermöglichung des Zugangs zu Diensten Dritter (Fischer 2001, S. 163).

Aus einer Gesamtschau der genannten Vorschriften ergibt sich, dass vom Interkonnectionsbegriff des FMG auch »Leitungen« erfasst werden. Damit sind aber auch »Anschlussleitungen« erfasst, wie sie Gegenstand der Entbündelung der letzten Meile sind. Bei der Durchführung der Entbündelung werden diese Anschlussleitungen anstatt mit den Fernmeldeanlagen des interkonnectionsverpflichteten marktbeherrschenden Fernmeldediensteanbieters, d.h. konkret der Ex-Monopolistin Swisscom, mit solchen der anderen Anbieter verbunden, um so ein fernmeldetechnisches Zusammenwirken zwischen den Anschlussleitungen der Ex-Monopolistin und den Fernmeldeanlagen der neuen Anbieter zu erreichen. Die Entbündelung der letzten Meile ist somit als ein Fall der »Interkonnection« im Sinne der oben dargestellten Auslegung im Schweizer Fernmelderecht erfasst.

2.1.2 Entstehungsgeschichte des Fernmeldegesetzes

Das vorangehend dargestellte Ergebnis wird durch die Gesetzesmaterialien gestützt. Es spricht einiges dafür, dass vom historischen Gesetzgeber eine Entbündelung der letzten Meile gewollt war. So heisst es in der Botschaft zum FMG u.a. wörtlich: »Der FMG-Entwurf strebt somit eine vollständige Marktöffnung an. Netz- und Telefoniemonopol der Telecom PTT sollen aufgehoben werden.«⁷ Und weiter heisst es: »Die Interkonnection zwischen Fernmeldediensten ist für (...) den Zugang zu Dienstleistungen Dritter über verschiedene Dienste-Anbieter absolut entscheidend. Auf diese Weise kann sich ein funktionierender Wettbewerb überhaupt erst einstellen. (...) Sämtliche ausländischen Erfahrungen mit der Liberalisierung von Diensten und Infrastruktur haben gezeigt, dass dies ohne die Möglichkeit, einen neuen Dienst auf bereits bestehender Infrastruktur anbieten oder einen neuen Dienst mit einem gleichartigen bestehenden Dienst verbinden zu können, nicht gewährleistet ist«⁸. Damit räumt nach dem erklärten gesetzgeberischen Willen das FMG keine Monopole (wie eben das der Swisscom auf der letzten Meile) mehr ein und verzichtet auch auf die Schaffung von (neuen) Monopolen (Weber 1998, S. 7).

Insbesondere wollte der Gesetzgeber mit der Interkonnectionsregelung des FMG sicherstellen, dass (auch) die Infrastruktur des marktbeherrschenden Anbieters für die Erbringung von Dienstleistungen durch neue Telekom-Anbieter genutzt werden kann. Um nichts anderes geht es aber bei der Entbündelung der letzten Meile. Nirgends findet sich nämlich in den Gesetzesmaterialien ein Hinweis, dass das Anschlussnetz von der Mitbenutzung durch die neuen Telekom-Anbieter zur Erbringung von deren Dienstleistungen ausgenommen werden sollte.

Obwohl die Botschaft selber nicht wörtlich von der »Entbündelung der letzten Meile« spricht, kann allein aus diesem Umstand nicht auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers geschlossen werden, es ist vielmehr eine objektiv historische Auslegung geboten. In der ersten Version des Entwurfes der Verordnung des Bundesrates über Fernmeldedienste⁹ war ausdrücklich die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung vorgesehen. In den definitiven Verordnungstext hat diese ausdrückliche Regelung der Entbündelung dann keinen Eingang gefunden. Dies war aber offenbar nur deshalb der Fall, weil man davon ausging, dass eine Entbündelung gestützt auf die allgemeine Regelung zur Interkonnection in Art. 11 FMG ohne weiteres durchsetzbar sei. Diesen Standpunkt hat der Bundesrat selbst kundgetan und sagte¹⁰, die Interkonnectionsregelung enthalte Grundsätze, »wonach auch die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses gegenüber marktbeherrschenden Anbieterinnen von Fernmeldediensten durchsetzbar ist. Der Bundesrat hat auf eine spezifische Regelung dieser Entbündelung (in der Verordnung) verzichtet und die Modalitäten dem Verhandlungsprimat der Fernmeldediensteanbieter überlassen.« Eindeutiger dürfte sich der Wille des Gesetz- und Verordnungsgebers nicht formulieren lassen¹¹.

2.1.3 Sinn und Zweck des Fernmeldegesetzes

Der in der Botschaft erklärte gesetzgeberische Wille, keine Monopole im Telekommarkt mehr zu tolerieren, ist im Gesetz¹² klar formuliert: »Dieses Gesetz bezweckt ... einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu ermöglichen.« Die Schaffung von Wettbewerb auf der Diensteebene stellt somit bereits ein im Gesetz definiertes Ziel dar. Wo ein Infrastrukturwettbewerb zur Erreichung dieses Ziels nicht sinnvoll oder nicht möglich ist, greift zur Schaffung von Wettbewerb zwischen den Diensteanbietern das Instrument der Interkonnection Platz. Denn von den neuen Anbietern kann nicht erwartet werden, dass sie eigene Anschlussnetze flächendeckend parallel zu denjenigen der Ex-Monopolistin aufbauen. Dies wäre ökonomisch auch unsinnig. Diesfalls würden nämlich aus finanziellen Gründen die Markteintrittsschwellen unüberwindlich hoch werden. Darüber hinaus wäre ein derartiges Vorhaben aus zeitlichen Gründen völlig unrealistisch.

Es bestehen derzeit zudem keine valablen Alternativen zum Anschlussnetz der Ex-Monopolistin, und dies wird sich auf absehbare Zeit auch nicht ändern.

Alternative Anschluss Technologien wie WLL (Wireless Local Loop), Powerline Communications (Internet aus der Steckdose) und auch CATV (Kabelfernsehen) sind entweder technisch nicht ausgereift oder haben auf absehbare Zeit hinaus keinen genügenden Verbreitungsgrad, um die auf dem Anschlussnetz bestehende marktbeherrschende Position der Ex-Monopolistin weder potentiell noch effektiv einem auch nur annähernd spürbaren Wettbewerbsdruck auszusetzen. Ein Infrastrukturwettbewerb ist somit ausgeschlossen. Wettbewerb im Anschlussbereich ist allein als Dienstewettbewerb realisierbar, was aber zwingend die Entbündelung der letzten Meile voraussetzt. Es widerspricht daher dem Sinn und Zweck des Fernmelderechts diametral, sollte die Entbündelung nicht zugelassen werden.

2.1.4 Fazit

Gemäß den anerkannten Auslegungsmethoden ist zusammenfassend davon auszugehen, dass eine Entbündelung der letzten Meile als ein Anwendungsfall der Interkonnektion vom FMG erfasst wird und daher die im Anschlussnetz marktbeherrschende Ex-Monopolistin im Rahmen der sie treffenden Interkonnektionspflicht den neuen Telekom-Anbietern entbündelten Zugang zur letzten Meile zu gewähren hätte, was sie aber leider bis heute vehement ablehnt.

2.2 Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts und ihre Folgen

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Zeichen in der Schweiz eigentlich nicht auf »contra Entbündelung« eingestellt waren. Um so größer war die Enttäuschung der neuen Telekom-Anbieter, als das letztinstanzliche Bundesgericht im sogenannten Commcare-Entscheid erstmals ein Endurteil vorlegte, welches von einer monopolfreundlichen Grundhaltung getragen war und im Ergebnis auch die gesetzliche Basis für die Entbündelung verneinte¹³. Zwar war in dieser Sache die Entbündelung nicht eigentlich Gegenstand des Verfahrens, die Ausführungen des Bundesgerichts lassen hingegen kaum Zweifel offen, dass dieses in den oben erwähnten Interkonnektionsnormen keine genügende Grundlage für eine Entbündelung der letzten Meile sieht.

Man mag das Urteil unter vielerlei Gesichtspunkten kritisieren¹⁴, für den vorliegenden Zusammenhang ist jedoch allein entscheidend, dass das Bundesgericht die aktuelle Regelung der Interkonnektion im FMG sowie in den Ausführungsbestimmungen der Fernmeldediensteverordnung (FDV) als zu wenig eindeutig beurteilt, um gestützt darauf die Entbündelung der letzten Meile zu bejahen. Unglücklicherweise lässt es das Gericht in dem seiner Begründung zugrunde liegenden engen Netz von Argumenten an der wünschbaren Präzision mangeln, so dass nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, inwieweit seiner Ansicht nach zur Einführung der Entbündelung auf

Gesetzesebene nachgebessert werden muss, oder ob es die Regierung in der Hand hat, in einer Überarbeitung der von ihr als Rechtsverordnung erlassenen FDV die vom Bundesgericht vermeintlich erkannten Defizite der Rechtsgrundlage für die Entbündelung zu beheben.

Insoweit rächte sich wohl bis zu einem gewissen Grad auch die technologieneutrale Formulierung der Regelung der Interkonnektion im FMG und der FDV, wodurch eigentlich den rechtsanwendenden Behörden ein großer Ermessensspielraum an die Hand gegeben werden sollte¹⁵. Ob das Bundesgericht bei dieser Entscheid, wie mitunter in der Literatur geäußert (Poledna AJP 2002, 328), tatsächlich für einen vom raschen Technologiewandel geprägten Bereich unüblich hohe Maßstäbe an die Bestimmtheit einer gesetzlichen Regelung gestellt hat, muss an dieser Stelle nicht abschließend untersucht werden. Denn entscheidend bleibt, welche Auswirkungen das Urteil für die Entscheidpraxis der Schweizer Regulierungsbehörde hat.

Diese Auswirkungen auf die Regulierungsbehörde zeigten sich im Verfahren zwischen einem der neuen Fernmeldediensteanbieter¹⁶ und Swisscom: Mit Verfügung vom 5.2.2002 konnte die ComCom, nach den Vorgaben des Bundesgerichts im Commcare-Entscheid, nach eigenem Bekunden überhaupt nicht anders, als »sehenden Auges« ein nach ihrer Auffassung berechtigtes Gesuch des antragstellenden Fernmeldediensteanbieters auf Entbündelung (die im konkreten Fall in allen drei Varianten beantragt war) zurückzuweisen¹⁷. Dabei hielt die Schweizer Regulierungsbehörde unmissverständlich fest, dass nach ihrer Auffassung die Sichtweise des Bundesgerichts nicht überzeugend sei. Insbesondere wies die Regulierungsbehörde darauf hin, dass das Ziel der Gesetzgebung zum Schweizer Fernmelderecht eben ein umfassender Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern sei, der nicht zuletzt auf der Ebene der von den verschiedenen Anbietern erbrachten Dienstleistungen stattfinden sollte.¹⁸ Wörtlich heißt es in der Verfügung: »Zusammenfassend muss gefolgert werden, dass der Gesetzgeber den wichtigsten Teil des Infrastrukturmarktes mit Sicherheit nicht ausklammern wollte. Dafür bestehen keinerlei Anhaltspunkte.«¹⁹ Und weiter: »Eine sehr wichtige Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb im Fernmeldewesen ist der Zugang zum Anschlussbereich. Diesen aus dem wichtigsten Liberalisierungsinstrument, dem Interkonnektionsregime, auszuklammern, ist mit den Zielvorgaben und Zweckbestimmungen des FMG nicht kompatibel.«²⁰

Da der Commcare-Entscheid des Bundesgerichts der ComCom jedoch keinen Spielraum mehr offen ließ, wies sie das Gesuch auf Entbündelung ab. Sie forderte jedoch den Bundesrat, d.h. die Schweizer Regierung, nachdrücklich auf, so schnell als möglich die notwendigen Schritte einzuleiten, um die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen für die Entbündelung zu schaffen bzw. zu präzisieren, so dass diese auch vom Bundesgericht nicht mehr in Frage gestellt werden können.

2.3 Der Entscheid der Regierung

Im April 2002 fasste der Bundesrat den Grundsatzentscheid, die letzte Meile zu entbündeln und so das Swisscom-Monopol aufzubrechen. Erwartungsgemäß wurde dieser Entscheid von den neuen Telekom-Anbietern positiv aufgenommen.²¹ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass es sich bei diesem Entscheid vorerst lediglich um eine politische Absichtserklärung handelt, welche erst noch ihren Niederschlag in verschiedenen Rechtsnormen finden muss. Was genau »Entbündelung« nach dem Beschluss des Bundesrates konkret bedeutet, ist somit leider nach wie vor offen.²²

Für die zweite Hälfte 2002 hat der Bundesrat die Durchführung einer Vernehmlassung bei den interessierten Kreisen zum Entwurf der zu revidierenden Rechtsnormen angekündigt. Diese soll im Rahmen der großen Revision des Schweizer Fernmelderechts, welche unter anderem die Angleichung an das neue Telekom-Paket der EU²³ zum Ziel hat, vorgenommen werden. Ob und in welcher Form die Entbündelung in der Schweiz tatsächlich eingeführt wird, hängt maßgeblich auch von den Auswertungsergebnissen der Vernehmlassung ab. Sollte die Entbündelung nicht auf Verordnungs-, sondern auf Gesetzesstufe eingeführt werden, ist mit einem Inkrafttreten nicht vor 2004 zu rechnen, da das Parlament im Gesetzgebungsprozess nicht rasch arbeiten wird, was leider regelmäßig schweizerischer legislativer Unart entspricht.

3. Die Situation in der EU

In der EU gilt die Verordnung über den entbündelten Zugang²⁴. Diese schreibt den Betreibern von Anschlussnetzen mit beträchtlicher Marktmacht (also regelmäßig den staatlichen Ex-Monopolisten) vor, bis zum 31.12.2000 ein Standardangebot für den entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen zu veröffentlichen und auf dem neuesten Stand zu halten. Aufgrund der unmittelbaren Geltung von EU-Verordnungen in den Mitgliedstaaten kann jeder Betroffene, dem der entbündelte Zugang zum Anschlussnetz verweigert wird, vor den nationalen Gerichten direkt Klage erheben. Auch sieht die Verordnung vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden dafür Sorge tragen müssen, dass die ehemaligen Monopolisten die sich aus der Verordnung ergebenden Verpflichtungen befolgen. Somit steht in den EU-Staaten ein Instrumentarium zur Verfügung, um die Entbündelung auch durchsetzen zu können.

Die jüngste Erfahrung hat jedoch gezeigt, dass die Verordnung noch nicht die erhofften Wirkungen zeitigte. So hat der 7. Umsetzungsbericht²⁵ zur EU-Verordnung feststellen müssen, dass deren Umsetzung nicht als befriedigend angesehen werden kann. Im Hinblick auf Portugal²⁶, Deutschland²⁷ und Griechenland²⁸ hat sich die EU-Kommission²⁹ sogar zu der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens³⁰ entschlossen³¹.

4. Fazit: Dringender rechtspolitischer Handlungsbedarf

Die Situation in der EU zeigt, dass für eine zufriedenstellende Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes die Festlegung der Pflicht zur Entbündelung allein grundsätzlich nicht ausreichend ist. Dies hat vielfältige Ursachen. Zu berücksichtigen ist, dass die marktbeherrschenden Netzbetreiber vielfach eine Obstruktions- und Verzögerungspolitik verfolgen. Weiter ist aber auch in Rechnung zu stellen, dass bei der Implementierung der Entbündelung manigfache technische Probleme auftreten und zu lösen sind. Insgesamt ist es von herausragender Bedeutung, dass nicht nur die Entbündelung als solche, sondern auch deren Rahmenbedingungen und die Verfahren zur Umsetzung rechtzeitig geregelt werden.

Ergibt die Auswertung der vom Bundesrat angekündigten Vernehmlassung, dass die Entbündelung tatsächlich in der Schweiz eingeführt werden soll, so wird dies eine massive Überarbeitung des heutigen Rechts zur Interkonnektion bedeuten. Will man aus den Erfahrungen in der EU Nutzen ziehen, so sollte hierbei insbesondere auf die folgenden Punkte geachtet werden.

Notwendig ist einerseits die Festlegung eines verbindlichen Programms zur Durchführung des Unbundling. Dieses könnte nach Zeiträumen gestaffelt werden (bis zu einem bestimmten Zeitpunkt hat ein verbindliches Angebot für eine bestimmte Anzahl Teilnehmeranschlüsse bzw. für bestimmte Gebiete vorzuliegen). Zur effizienten Durchführung des Programms ist die Möglichkeit von behördlichen Kontrollen und Sanktionen für den Fall einer »Programmverletzung« vorzusehen. Dogmatisch könnte ein solches Programm an die Basisangebotspflicht gemäß Art. 43 FDV anknüpfen, wonach der marktbeherrschende Anbieter zur Publikation eines Basisangebots von Interkonnektionsdiensten verpflichtet ist. In dieses Basisangebot ist der entbündelte Zugang zu den Anschlussleitungen aufzunehmen mit einer zeitlich gestaffelten Erweiterung des geographischen Gebiets, in welchem dieser Zugang angeboten werden muss.

Darüber hinaus sollte in der Schweiz, wie es in der EU bereits geschehen ist, das Prinzip einer ex-ante Regulierung der Interkonnektionspreise vorgeschrieben werden. Bislang müssen die neuen Anbieter gegenüber der marktbeherrschenden Ex-Monopolistin die Überprüfung der Interkonnektionspreise in langwierigen Zweiparteienverfahren auf eigenes (Prozess-)Risiko durchsetzen. Für eine Abschätzung ihrer Chancen in einem solchen Interkonnektionsverfahren wären eigentlich Informationen über die Kosten der Ex-Monopolistin vonnöten, die für die neuen Anbieter nicht verfügbar sind, da die Ex-Monopolistin unter Berufung auf Geschäftsgeheimnisse eine Offenlegung verweigert. Den neuen Telekom-Anbietern ist es daher unmöglich festzustellen, ob die Ex-Monopolistin ihre Tarife tatsächlich als gesetzeskonforme LRIC-Preise festgelegt hat. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich weiter zu überlegen, ob der Regulierungsbehörde nicht die Möglichkeit eingeräumt werden soll, sich für die ex-ante Prüfung der Interkonnektionspreise nicht im Rahmen eines Benchmarking an den Kosten effizienter Anbieter in Europa zu

orientieren. Somit wäre man nicht mehr von Daten zur Kostenrechnung der Ex-Monopolistin abhängig.

Für die Ausgestaltung des Interkonkursionsverfahrens ist weiter folgendes zu empfehlen. Für ein Interkonkursionsverfahren nach dem aktuellen FMG gilt der Grundsatz des Verhandlungsprimats unter den Parteien. Es bleibt grundsätzlich den jeweiligen Anbietern von Fernmeldediensten überlassen, unter sich eine Einigung betreffend die Interkonkursion auszuhandeln. Erst wenn die Parteien nicht innerhalb von drei Monaten eine Einigung herbeiführen, kann ein Gesuch um Festlegung der Bedingungen für die Interkonkursion an die Regulierungsbehörde gerichtet werden³², die dann über die Durchsetzungsansprüche befindet. Ein maßgebliches Effizienzhindernis dieses Verfahrens liegt aber darin begründet, dass seine Dauer nicht begrenzt ist (in der EU sind aber bekanntlich in allen Mitgliedstaaten feste maximale Verfahrensdauern von zehn Wochen bis maximal sechs Monaten vorgesehen). Bildlich gesprochen hatte die Ex-Monopolistin bislang die Möglichkeit, ihre Mitbewerber in einem Interkonkursionsverfahren auszuhungern. Insoweit erscheint die Einführung einer angemessenen Verfahrensdauerbeschränkung dringend geboten. Schließlich müssten die behördlichen Kapazitäten erhöht werden, da bei Einführung der Entbündelung mit einer Steigerung der Anzahl von Verfahren zu rechnen ist, die es zügig abzuwickeln gilt.

Nach Einführung der vorgenannten flankierenden Maßnahmen wäre durchaus dem System des Zwei-Parteienverfahrens weiter zu vertrauen. Ist durch die Regulierungsbehörde dafür gesorgt, dass die Ex-Monopolistin die Entbündelung überhaupt anbietet, und dass ferner die Preise diejenigen eines effizienten Anbieters sind und besteht Gewissheit, dass die Interkonkursionsverfahren speditiv innerhalb einer dem Markt gerechten Zeitlimite durchgeführt werden, sind die Rahmenbedingungen für die neuen Anbieter gegeben, damit sie mit Aussicht auf Erfolg ein Interkonkursionsverfahren zur Durchsetzung ihrer Ansprüche anstrengen können. Für die dringende weitere Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes Schweiz wäre damit viel gewonnen und die Schweiz würde dann im europäischen Vergleich betreffend regulatorischer Rahmenbedingungen besser dastehen als heute³³.

¹ Frau Dr. Widmer bedankt sich bei Herrn Rechtsanwalt K. Bähler und Herrn Rechtsanwalt Th. Voss für die Unterstützung zu diesem Beitrag.

² Es können grundsätzlich drei Varianten der Entbündelung unterschieden werden: Full Access, Shared Line Access und Bitstream Access. Diese Arten der Entbündelung werden näher definiert in Ziff. 2 der Mitteilung der EU-Kommission vom 23.9.2000 (KOM 2000/C 272/10), abrufbar unter http://www.uni-rostock.de/fakult/jurfak/Gersdorf/tk-recht/EU_Verordnungen/c_2722000_0923de00550066.pdf sowie in einem Merkblatt der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom), abrufbar unter <http://www.fedcomcom.ch/docs/bouclelocaleger.pdf>.

³ Vgl. die Wik-Studie »Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich« vom 29.4.2002; abrufbar unter <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/marktanalysen/2.pdf>. Siehe speziell zur Entbündelung dort S. 86 ff.

⁴ Art. 11 Abs. 1 Satz 1 FMG lautet: »Marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonkursion gewähren.«

- 5 »Fernmeldedienst« gemäß Art. 3 lit. b FMG ist die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte.
- 6 »Fernmeldeanlagen« sind Geräte, Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt sind oder benutzt werden; vgl. Art. 3 lit. d FMG.
- 7 BBl 1997 III 1418.
- 8 BBl 1997 III 1427.
- 9 Vom 30.5.1997; vgl. dort Art. 32 Abs. 1.
- 10 Antwort vom 31.5.2000 auf die parlamentarische Interpellation von Nationalrat Ehrler vom 24.3.2000.
- 11 Dass im Schweizer Parlament die Rechtslage nicht von allen so klar gesehen wurde, wie sie dem Nationalrat Ehrler seitens des Bundesrates mitgeteilt wurde, zeigt das Schicksal der am 24.3.2000 eingereichten Initiative Theiler »Echter Wettbewerb auf der letzten Meile«. In diesem parlamentarischen Vorstoß ging Nationalrat Theiler davon aus, dass die Entbündelung nicht vom geltenden Interkonnektionsregime erfasst war und wollte diese explizit im Gesetz festschreiben lassen. Am 14.12.2000 hat der Nationalrat diese Initiative mit 89 zu 64 Stimmen abgelehnt.
- 12 Art. 1 Abs. 1 i.V.m Abs. 2 lit. c FMG.
- 13 BGE sic! 2002, 18. Indessen kam das Commcare-Urteil nicht wirklich überraschend. Denn das Bundesgericht hatte zuvor bereits in vier Entscheiden zu vorsorglichen Maßnahmen im Rahmen von Interkonnektionsverfahren jeweils zugunsten der Ex-Monopolistin Swisscom entschieden und war daher für eine konservative und liberalisierungsfeindliche Linie bekannt. Dem Endurteil vom 3.10.2001 vorausgegangen war ein Entscheid (http://www.fedcomcom.ch/docs/Mietleitung_Uebertragmedien_021000.pdf) der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom), der Schweizer Regulierungsbehörde für den Telekommunikationsmarkt, die ein Gesuch der Commcare AG insoweit gutgeheißenen hatte, als sie die Swisscom verpflichtete, der Commcare AG ein Mietleitungsangebot zu Interkonnektionsbedingungen, d.h. kostenorientierten Preisen, anzubieten. Die von der Swisscom hiergegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde hat das Bundesgericht gutgeheissen. Insofern die ComCom das Gesuch der Commcare auf Anordnung einer Interkonnektionsvereinbarung in bezug auf sogenannte Übertragungsmedien abgewiesen hat, hat das Bundesgericht eine entsprechende Verwaltungsbeschwerde der Commcare AG abgewiesen.
- 14 Eine ausführliche Besprechung des Urteils ist im Rahmen des vorliegenden Beitrages aus Platzgründen nicht möglich.
- 15 So äußerte sich auch Marc Furrer, der Direktor des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM): »Zu Beginn des Gesetzgebungsprozesses rechneten wir noch mit einer offenen Regelung. Diesem Gedanken der flexiblen Annäherung hat nun das Bundesgericht einen Riegel vorgeschoben.« (Furrer NZZ 2001, B3).
- 16 TDC Switzerland AG, Zürich.
- 17 Die Verfügung findet sich auf der Website der ComCom unter <http://www.fedcomcom.ch/docs/ComCom-Verf-ULL-off.pdf>, vgl. zur Verfahrensgeschichte dort ab S. 4.
- 18 Nach der Argumentation der ComCom waren die Anschlussleitungen wesentliche Einrichtungen, zu der die neuen Anbieter von Fernmeldediensten Zugang erhalten müssen, um unter fairen Bedingungen mit der Ex-Monopolistin in bezug auf die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen konkurrieren zu können. Daher wäre es eigentlich geboten gewesen, die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses als Unterfall der Interkonnektion aufzufassen, da der Gesetzgeber den Wettbewerb auf dem letzten Teil des Telekommunikationsnetzes sicher nicht ausklammern wollte.
- 19 S. 14 der Verfügung.
- 20 S. 17 f. der Verfügung.
- 21 Siehe die Pressemitteilung vom 24.4.2002 des Verbandes Inside Telecom (VIT), der als Branchenverband die Interessen der neuen wesentlichen Telekom-Anbieter (unter anderem Cable & Wireless Global Switzerland AG, MCI WorldCom AG, Orange Communications SA, TDC Switzerland AG, T-Systems Multilink AG) in der Schweiz vertritt, siehe <http://www.vit.ch/presse.html#entb%FCndelung>.
- 22 Wie Moritz Leuenberger, der Vorsteher des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) den Medien mitteilte, wolle der Bundesrat zwar rasch handeln, indessen müssten erst vertiefere Rechtsprüfungen zeigen, ob alle drei Entbündelungs-Varianten auf der Ebene einer vom Bundesrat zu erlassenden Rechtsverordnung eingeführt werden könnten, oder ob darüber hinaus Gesetzesanpassungen notwendig seien, und schließlich müssten auch die finanziellen Auswirkungen abgeklärt werden; siehe http://www.news.bluewin.ch/article_print/0,1011,243352,00.html.

- ²³ Im Einzelnen handelt es sich hierbei um die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie, 2000/0184 (COD), <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st03/03672en1.pdf>), die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie, 2000/0188 (COD), <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st03/03671en1.pdf>), die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie, 2000/0186 (COD), <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st03/03670en1.pdf>), die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie, 2000/0183 (COD), <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st03/03673en1.pdf>), die Entscheidung über einen Rechtsrahmen für Frequenzpolitik (2000/0187 (COD), <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st03/03674en1.pdf>) sowie die Richtlinie über den Schutz persönlicher Daten und der Privatsphäre im Bereich der elektronischen Kommunikation (TK-Datenschutzrichtlinie, (2000/0189 (COD), <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st15/15396en1.pdf>).
- ²⁴ KOM (2000) 394, <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/de/regullfin-de.pdf>. Entbündelung meint in diesem Zusammenhang sowohl den sogenannten Shared Line Access als auch den Full Access; vgl. vorne Schlussnote 2.
- ²⁵ Vom 26.11.2001; KOM (2001) 706, http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2001/com2001_0706de01.pdf.
- ²⁶ Im Fall Portugal wurde zwar das von der Richtlinie vorgesehene Standardangebot für die Entbündelung vorgelegt, dieses enthielt jedoch keine Preisangaben für den Shared Line Access und war daher nach Auffassung der EU-Kommission unvollständig.
- ²⁷ In Deutschland hatte die Deutsche Telekom als marktbeherrschende Betreiberin keinen Shared Line Access angeboten.
- ²⁸ Der entsprechende Betreiber in Griechenland hatte überhaupt kein Standardangebot veröffentlicht.
- ²⁹ Am 20.12.2001.
- ³⁰ Nach Art. 226 EGV.
- ³¹ Die EU-Kommission hat im Internet einen »overall report on local loop unbundling« (siehe http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/local_loop/local_loop_unbundling_inquiry.pdf) veröffentlicht und bittet auf der entsprechenden Website um die Mitteilung von Kommentaren (siehe http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/local_loop/).
- ³² Art. 11 Abs. 3 FMG in Verbindung mit Art. 43 FDV.
- ³³ Die in diesem Beitrag zitierten Links befinden sich auf dem Stand vom 31.5.2002.

Literatur

Aufsätze/Beiträge in Zeitschriften:

- Poledna, Tomas (AJP 2002), Unbundling – Stolpersteine auf der »letzten Meile«, AJP 2002, 328.
- Furrer, Marc u.a. (NZZ 2001), »Die Liberalisierung stockt noch«. Eine Zwischenbilanz zur Telekom-Marktöffnung in der Schweiz, NZZ, Sonderbeilage Telekommunikation vom 11.12.2001, B 3.

Aufsätze in Sammelbänden:

- Fischer, Peter R. (2001): Das Interkonnektionsregime im schweizerischen Fernmelderecht. In: Bertil Cottier (Hrsg.), *Le droit des télécommunications en mutation*. Fribourg 2001, S. 163.
- Weber, Rolf H. (1998): Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung. In: Ders. (Hrsg.), *Neues Fernmelderecht. Erste Orientierung*. Zürich 1998, S.7.

Abkürzungsverzeichnis:

AJP	Allgemeine Juristische Praxis
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BBI	Bundesblatt
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
CATV	Cable Television
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
EU	Europäische Union
FDV	Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001; Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 784.101.1
FMG	Fernmeldegesetz vom 30.4.1997; Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 784.10
LRIC	Long Run Incremental Cost
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
WLL	Wireless Local Loop