

# EIN GEMEINSAMES FUNKNETZ FÜR UMTS IN DER SCHWEIZ

## RECHTLICHE ASPEKTE

GUTACHEN VON: PROF. DR. IUR. RENÉ RHINOW  
ORDINARIUS FÜR ÖFFENTLICHES  
RECHT AN DER JURISTISCHEN  
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BASEL

UNTER MITARBEIT VON LIC. IUR. ANNETTE MEYER LÓPEZ  
ASSISTENTIN AN DER JURISTISCHEN  
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BASEL

MÄRZ 2002



# Inhaltsübersicht

<b>1 Ausgangslage und Problemstellung</b>	
1.1 Ausgangslage	1
1.2 Faktische Probleme	1
1.3 Juristische Problemstellung	2
<b>2 Fernmelderecht</b>	
2.1 Allgemeines	5
2.2 Interpretation des Fernmeldegesetzes	5
2.2.1 Grammatikalische und systematische Sicht	5
2.2.2 Historisch-entstehungszeitliche Sicht	6
2.2.3 Geltungszeitliche und teleologische Sicht	8
2.2.4 Schlussfolgerung	9
<b>3 UMTS-Konzessionen</b>	
3.1 Zum Konzessionsinhalt	11
3.2 Konzessionsänderungen	12
3.2.1 Allgemeines	12
3.2.2 Konzessionsänderung durch die Konzessionsbehörde	13
3.2.2.1 Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse	13
3.2.2.2 Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen	14
3.2.2.3 Schlussfolgerung	15
3.2.3 Änderung im gegenseitigen Einvernehmen	15
3.2.4 Rechtsanspruch auf Änderung der Konzession?	16
3.2.5 Exkurs: Keine Ansprüche ausgeschiedener Bewerber	17
3.3 Konzessionspflicht bei gemeinsamem Netz?	17
3.3.1 Allgemeines	17
3.3.2 Voraussetzungen der Konzessionspflicht	18
3.3.3 Schlussfolgerungen	19
<b>4 Kartellrechtliche Überlegungen</b>	
4.1 Fragestellung	21
4.2 Anwendbarkeit des Kartellgesetzes	21
4.3 Beschränkung des Wettbewerbs	22
4.4 Gründe wirtschaftlicher Effizienz	23
4.5 Marktbeherrschendes Unternehmen?	24

<b>5</b>	<b>Zur Realisierung eines gemeinsamen Funkzugangsaufbaus</b>	
5.1	Allgemeines	.27
5.2	Von privater Hand geführter Funkzugangsaufbau	.27
5.2.1	Allgemeines	.27
5.2.2	Von den beteiligten Unternehmungen gemeinsam geführte Netzgesellschaft	.27
5.2.3	Unabhängige Netzgesellschaft	.29
5.2.4	Regionale Aufteilung	.29
5.3	Öffentliche Realisierungsmodelle	.29
5.3.1	Allgemeines	.29
5.3.2	Öffentlichrechtliche Anstalt	.30
5.3.3	Spezialgesellschaftliche Aktiengesellschaft	.30
5.3.4	Gemeinsame Problemstellungen	.30
5.4	Gemischtwirtschaftliche Unternehmung	.31
<b>6</b>	<b>Zusammenfassende Schlussfolgerungen</b>	<b>.33</b>

# 1 Ausgangslage und Problemstellung

## 1.1 Ausgangslage

Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) hat am 31. Januar 2001 vier Unternehmen (Swisscom Mobile AG, tdc Switzerland AG, Telefonica AG und Orange Communications SA) je eine Konzession für die Erbringung von Fernmeldediensten auf der Basis des umts-Standards erteilt. Diese Konzessionen verpflichteten die Konzessionärinnen, mit eigener Netzinfrastruktur bis Ende 2002 20 Prozent der Schweizer Bevölkerung und bis Ende 2004 50 Prozent der Schweizer Bevölkerung mit umts-Diensten zu versorgen (vgl. Ziffer 3.3.3 der umts-Konzessionen).

Diese Versorgungspflicht soll gemäss Aussagen von Netzwerkingenieuren zur Folge haben, dass von sämtlichen umts-Konzessionärinnen an vielen – unter Umständen neuen *Standorten Mobilfunkantennen* erstellt und betrieben werden müssen. Jedenfalls ergibt sich aus dieser so umschriebenen Versorgungspflicht, dass jede umts-Konzessionärin ihr eigenes Netz – im Rahmen der aus der Konzession fließenden Pflichten zur Standortkoordination und -mitbenutzung – autonom zu planen und zu erstellen hat. Da die Konzession per Ende 2004 eine Abdeckungspflicht von 50 Prozent vorsieht, erscheint eine durchgängig abgestimmte Planung durch die umts-Konzessionärinnen kaum realisierbar.

## 1.2 Faktische Probleme

Die in der Schweiz vorhandene und offenbar immer noch wachsende *Furcht der Bevölkerung* vor gesundheitlichen Folgen der von Mobilfunkantennenanlagen

erzeugten elektromagnetischen Strahlen führt dazu, dass der Aufbau einer Mobilfunknetzinfrastruktur, welcher als solcher schon äusserst aufwändig ist, auf starken Widerstand seitens der Bevölkerung stösst (vgl. etwa auch Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (vpb) 65.25, in welchem bereits die Probleme bei neuen Antennenstandorten [gsm-Netz] angesprochen worden sind). In diesem Zusammenhang sind vor allem folgende Schwierigkeiten festzustellen:

- Zahlreiche *Einsprachen* gegen die Errichtung von Mobilfunkantennenanlagen erschweren bereits den Aufbau der gsm-Netze und verunmöglichen diesen gar an einzelnen Orten.
- Viele *Eigentümer* von Liegenschaften lehnen die Errichtung von Mobilfunkantennenanlagen auf ihren Liegenschaften ab, was den Aufbau der Mobilfunknetze in den betroffenen Gebieten ebenfalls stark beeinträchtigt.
- Der Bundesrat hat am 1. Februar 2000 die *Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV, SR 814.71)* mit Grenzwerten in Kraft gesetzt, welche im Vergleich zum Ausland viel tiefer, ja unter Umständen nach den uns zur Verfügung stehenden Unterlagen bis zehnmal strenger sind. Im Bereich des Aufbaus und Betriebes von Mobilfunknetzen gelten somit sehr enge Emissionsbegrenzungen.
- Der *Vollzug* der nisiv ist in praktisch allen Kantonen *sehr streng*. Vielerorts geht dies offenbar sogar so weit, dass die Emissionsbegrenzungen der nisiv durch besonders restriktive Auslegungen (z.B. «100-Meter-Regel» in der Stadt Zürich und im Kanton Tessin) und durch Messverfahren mit überaus grossen Sicherheitsmargen (bis zu 100 Prozent) faktisch nochmals verschärft werden. Wenn

auch eine solche Verschärfung rechtlich nicht abgestützt werden kann, ist die Anwendung dieser Regel offenbar dennoch ein Faktum.

– Die umts-*Endgeräte* («Handsets») sind *noch nicht verfügbar*; somit ist zu erwarten, dass per Mitte 2002 lediglich wenige, nicht ausgereifte Geräte erhältlich sein werden. Dadurch wird es für die umts-Konzessionärinnen offenbar immer schwieriger, per Ende 2002 eine ausgereifte umts-Dienste-Plattform zur Verfügung zu stellen.

Die überwiegende Mehrzahl der vorgenannten Umstände dürfte einen wichtigen Grund dafür darstellen, dass sich im Jahre 2000 bei der Vergabe sowohl der Ex-Natel-C-Frequenzen als auch der umts-Frequenzen etliche Bewerber zurückgezogen haben. Nach allgemeiner Einschätzung wird erwartet, dass sich diese *Schwierigkeiten* beim Aufbau von vier neuen unabhängigen umts-Netzen *noch erheblich verstärken* werden.

### 1.3 Juristische Problemstellung

Aufgrund der erwähnten Sachlage ist die Frage zu untersuchen, ob nicht eine engere *Zusammenarbeit* der umts-Konzessionärinnen im Sinne eines *gemeinsamen Aufbaus der Funkzugangnetze (Access-Netz)* sinnvoll und erwünscht wäre. Ein gemeinsamer Netzaufbau im soeben erwähnten Sinn vermag die umts-Konzessionärinnen in die Lage zu versetzen, einerseits die notwendige Netzinfrastruktur und andererseits das umts-Frequenzband gemeinsam zu nutzen. Auf diese Weise sollen die oben genannten faktischen Probleme massgeblich entschärft werden können. Insbesondere werden folgende Überlegungen für einen solchen gemeinsamen Netzaufbau geltend gemacht:

– Die Anzahl der benötigten Antennen würde reduziert. Die *Geschwindigkeit des Netzaufbaus* würde deutlich erhöht.

– Die bevölkerungsmässige und flächenmässige *Abdeckung* wäre grösser, was vor allem auch Randregionen zugute käme.

– Das umts-Netz beziehungsweise die umts-Netze würden eine *bessere Qualität* aufweisen.

– Die gesamten *Netzaufbaukosten* wären *tiefer*. Die Vorgaben der umts-Konzessionen betreffend *Standortmitbenutzung und -koordination* wären optimal erfüllt; die koordinierte Erstellung und der Betrieb sämtlicher Standorte würden erreicht, ohne dass die umts-Konzessionärinnen den immensen Koordinationsaufwand betreiben müssten, welcher ohne Aufbau eines gemeinsamen Netzes notwendig wäre. Das bakom verlangt bereits in seinen «Empfehlungen für die Koordination der Planungs- und Baubewilligungsverfahren für Basisstationen für Mobilfunk und drahtlose Teilnehmeranschlüsse (Antennenanlagen)» vom 22. Januar 2001 (Ziffer 3) die Minimierung der Standorte (ausserhalb der Bauzone).

Falls bei einem gemeinsamen Netzaufbau zwar mehrere, aber *nicht alle vier umts-Konzessionärinnen beteiligt* wären, würden die genannten Argumente in analoger Weise gelten.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein einheitlicher Aufbau des Funkzugangnetzes auf der Grundlage des geltenden Fernmelderechtes und der bestehenden umts-Konzessionen zulässig wäre. Unter einem einheitlichen Netzaufbau wird nachfolgend verstanden, dass mehrere oder alle umts-Konzessionärinnen über ein und dasselbe Funkzugangnetz

«roamen»; die Netzbestandteile Antennen, Mobilfunkbasisstationen (Node B) und die damit verbundenen Radio Network Controller (rnc) sowie eventuell die den beteiligten Konzessionärinnen zugeordneten Funkfrequenzspektren (im Sinne von Frequenzpooling) würden durch die beteiligten Konzessionärinnen gemeinsam erstellt und/oder genutzt. Hingegen würde jede umts-Konzessionärin ihr eigenes, unabhängiges Dienstleistungsnetz betreiben.



## 2 Fernmelderecht

### 2.1 Allgemeines

Das Fernmelderecht des Bundes regelt grundsätzlich die *Fernmeldedienste*. Das am 1. Januar 1998 in Kraft getretene Fernmeldegesetz (fmg, sr 784.10) vom 30. April 1997 bezweckt, «der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste» anzubieten (Art. 1 Abs. 1 fmg). Es regelt «die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen» ausserhalb der Programmbereiche gemäss Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (Art. 2 fmg). Entsprechend ist das Gesetz nach den allgemeinen Bestimmungen vor allem in die Kapitel «Fernmeldedienste», «Funk», «Adressierungselemente», «Fernmeldeanlagen» und «Abgaben» gegliedert. Das 5. Kapitel über Fernmeldeanlagen enthält einerseits Normen über technische Vorschriften über das Anbieten, das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Fernmeldeanlagen sowie andererseits über die Inanspruchnahme von Grund und Boden. Hauptziel des neuen Gesetzes bildet die *Liberalisierung der Dienstleistungen im Telekommunikationssektor*; indem grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer entsprechenden Konzession eingeräumt wurde (mit Ausnahme namentlich im Funkbereich).

Die *Fernmeldenetze* werden im fmg indirekt angesprochen; insbesondere in Art. 11 fmg wird die sogenannte Interkonnektion geregelt (vergleiche zur Interkonnektion die Entscheide des Bundesgerichts bge 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, 2A.530/2000 vom 13. März 2001 sowie die Verfügung der Com-Com vom 5. Februar 2002 betreffend Interkonnektion). Danach besteht in gewissen Fällen eine Ver-

pflichtung zur Gewährung von Interkonnektion, das heisst zur «Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten ...» (Art. 3 Bst. e fmg). Der eigentliche *Aufbau* und der *Unterhalt von Mobilfunknetzen* wird *indessen weder im FMG noch in den dazugehörigen Verordnungen explizit geregelt*; eine Pflicht zum Aufbau von verschiedenen unabhängigen Mobilfunknetzen nach Vergabe von mehreren landesweiten Funkfrequenzen zur Erbringung von Fernmeldediensten ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Es ist deshalb durch Auslegung zu ermitteln, ob sich eine entsprechende Verpflichtung in Bezug auf die umts-Konzessionen allenfalls implizit aus dem Fernmelderecht des Bundes ergibt. (Zur Gesetzesauslegung vgl. etwa IMBODEN MAX / RHINOW RENÉ A. / KRÄHENMANN BEAT, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. unveränderte Aufl. 1986, und Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 20–27; HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 173–201; KRAMER ERNST, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, passim, insbesondere S. 42 ff.)

### 2.2 Interpretation des Fernmeldegesetzes

#### 2.2.1 Grammatikalische und systematische Sicht

Bereits aus den vorherigen Ausführungen ergibt sich, dass sich aus *grammatikalischer und systematischer* Sicht dem fmg kein Verbot entnehmen lässt, den Aufbau von alternativen Netzen zu verbieten. Diese unterstehen demzufolge grundsätzlich der Liberalisierungsregelung und dem Liberalisierungsziel des fmg. Es kann dem Wortlaut und der Systematik

des fmg aber auch nicht entnommen werden, die Inhaberinnen einer Mobilfunkkonzession *müssten in jedem Fall* alternative und voneinander unabhängige Netze erstellen und betreiben. Eine diesbezügliche Vorschrift findet sich im Gesetzestext nicht, weder bei der Regelung der Dienstkonzession noch bei derjenigen der Funkkonzession (Art. 22 ff.). Art. 6 fmg regelt die für die Erteilung einer Dienstkonzession erforderlichen Voraussetzungen abschliessend. Eine *Verpflichtung* zur Erstellung und zum Betrieb eines eigenen und unabhängigen Netzes ist in diesem Katalog nicht enthalten.

Art. 36 Abs. 2 fmg weist vielmehr in die andere Richtung. Nach dieser Bestimmung steht dem bakom die Befugnis zu, Konzessionärinnen von Fernmeldediensten zu *verpflichten, Dritten die Mitbenutzung ihrer Fernmeldeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten*, sofern ein öffentliches Interesse dies verlangt (und die Anlage über ausreichende Kapazität verfügt). Die als Kann-Vorschrift redigierte Norm ist mehr als ein gewöhnlicher Ermessenstatbestand. Liegt ein gewichtiges öffentliches Interesse vor, so muss das Bundesamt eine derartige Massnahme treffen.

Aus Art. 36 Abs. 2 fmg (und wohl bereits aus Art. 11 fmg, jedenfalls in Verbindung mit diesem) lässt sich somit das Grundanliegen des fmg entnehmen, dass nicht genutzte Kapazitäten bei Sendeanlagen aus Gründen des Gemeinwohls – in Art. 36 Abs. 2 fmg werden unter anderem ausdrücklich die Raumplanung, der Landschafts-, Heimat-, Natur-, und Tierschutz genannt – ausgeschöpft werden sollen. Das Gesetz will hier also nicht zwingend eine Wettbewerbsordnung einrichten, sondern «rechnet damit», dass öffentliche Interessen eine Kooperation gebieten.

Steht der Behörde von Gesetzes wegen das Recht zu, eine derartige Mitbenutzung zu verlangen, so kann eine *freiwillige Zusammenarbeit*, die vom gleichen Grundanliegen getragen ist, *nicht unzulässig* sein. Im Gegenteil: Das auf Liberalisierung gerichtete Gesetz sieht bei der Interkonnektion behördliche Interventionen namentlich dann vor, wenn eine Einigung unter Privaten nicht zustande gekommen ist. Grundsätzlich lässt sich dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 3 Bundesverfassung [BV, sr 101]) entnehmen, dass private, einvernehmliche Regelungen hoheitlichen Massnahmen vorgehen, wenn damit der vom Recht intendierte Zweck ebensogut erreicht werden kann.

*Zusammenfassend:* Das fmg verbietet Konzessionärinnen von Mobilfunkkonzessionen nicht, bei der Erstellung und beim Betrieb von Fernmeldeanlagen zusammenzuarbeiten und Fernmeldeanlagen gemeinsam zu nutzen. Im Gegenteil lässt sich dem Gesetz *ein Recht zur Zusammenarbeit* entnehmen, das sich namentlich dann zur Verpflichtung verdichten kann, wenn die in Art. 36 Abs. 2 verankerte Voraussetzung des gewichtigen öffentlichen Interesses erfüllt ist.

## 2.2.2 Historisch-entstehungszeitliche Sicht

Unter einer *historisch-entstehungszeitlichen* Optik ist der Sinn der Norm zur Zeit ihrer Entstehung zu ermitteln. Es ist zu untersuchen, wie die Norm vom Gesetzgeber gedacht und geplant war. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass aus der Botschaft zum fmg hervorgeht, der Gesetzgeber habe einen gewissen Wettbewerb auch im Netzbereich schaffen wollen.

Ziel des Gesetzgebers war es zweifelsohne, das damals bestehende Monopol der Telecom ptt zu beseitigen. Insofern ging es einmal darum, Wettbewerb überhaupt zu ermöglichen. Gleichzeitig sollte aber auch verhindert werden, «*dass aus dem staatlichen Monopol ein privates wird*» (Botschaft zum fmg, Sonderdruck, S. 6 f.). «*Der FMG-Entwurf strebt somit eine vollständige Marktöffnung an. Netz- und Telefonimonopol der Telecom PTT sollen aufgehoben werden*» (Botschaft fmg, S. 14). Der Gesetzgeber wollte also durch die Aufhebung des Netzmonopols der damaligen Telecom ptt die Grundlage für mehr Wettbewerb schaffen; eine Absicht des Gesetzgebers, eine generelle Verpflichtung zum Aufbau verschiedener voneinander unabhängiger Netze zu verankern, lässt sich hieraus aber nicht ableiten.

Für das gsm-Netz wurde in einem vom Nationalrat am 11. Dezember 1996 überwiesenen Postulat verlangt, es müsse ein alternatives Netz erstellt werden:

*«Der Bundesrat wird aufgefordert, ohne Verzug die notwendigen Massnahmen zu treffen, um auf den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des revidierten Fernmeldegesetzes die Konzessionierung mindestens eines zweiten gsm-Netzes (Globales System für Mobiltelefonie) in Konkurrenz zur Telecom PTT zu ermöglichen»*  
(Postulat NR 96.048, AB NR 1996, S. 2323).

Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, der Bundesrat habe die notwendigen Vorarbeiten an die Hand zu nehmen, «damit beim Inkrafttreten des Gesetzes [des fmg] ein zweiter Konzessionär tätig werden kann» (AB NR 1996, S. 2319). Diese Vorgabe wurde durch die Vergabe von zwei weiteren Mobilfunkkonzessionen nach Inkrafttreten des revidierten fmg mit entsprechenden Netzaufbaupflich-

ten und durch den Aufbau von zwei weiteren gsm-Netzen erfüllt.

Aus den Materialien ergibt sich zudem, dass das wesentliche Motiv für die Forderung nach Aufhebung des Netzmonopols die Befürchtung war, ohne die Schaffung von alternativen Netzen würden die Preise für Telekommunikationsdienstleistungen für die Konsumenten in der Schweiz weiterhin auf einem zu hohen Niveau verharren:

*«Wegen des Netzmonopols ist der Benutzer auf die Mietleitungen der Telecom PTT angewiesen. Diese Tarife entsprechen nicht Marktpreisen und sind im internationalen Vergleich noch immer recht hoch. Die Kosten der Telekommunikationsinfrastruktur sollten aber möglichst tief sein, als Stimulans für einen aktiven Telekomdienstmarkt in der Schweiz. Mit Aufhebung des Netzmonopols könnten die Telekomkosten in der Schweiz somit generell gesenkt werden»* (Botschaft fmg, S. 6).

Als Ziele der Gesetzesrevision wurden in der Botschaft unter anderem die folgenden genannt: Sicherstellung der Grundversorgung der Bevölkerung in allen Landesteilen; Sicherstellung von guter Qualität; Erhöhung der Attraktivität der Schweiz als Wirtschaftsstandort; Schaffung von vielfältigen Angeboten; Steigerung der Innovationsfähigkeit (vgl. Botschaft fmg, S. 13).

Diese Hauptziele hat der Gesetzgeber alsdann in Art. 1 Abs. 1 fmg wie folgt zum Ausdruck gebracht:

*«Dieses Gesetz bezweckt, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden.»*

Dazu gehörte auch eine Senkung der Preise für Telekommunikationsdienstleistungen, die man sich von der Brechung des Monopols im Netzbereich erhoffte. Der Gesetzgeber richtete somit das Hauptaugenmerk auf *Fernmeldedienste*, die vielfältig, preiswert, qualitativ hoch stehend und konkurrenzfähig sein sollen. Bezüglich der Netze ging es vor allem um die Aufhebung des Monopols der früheren Telecom ptt. Im Blick hatte man ohnehin nur das Festnetz und die gsm-Netze, während weitere Entwicklungen noch nicht in die Betrachtung eingeschlossen wurden respektive werden konnten.

Ein mögliches Mittel zur Erreichung der vom Gesetzgeber anvisierten Ziele kann unter anderem der Aufbau von alternativen Netzen sein; deswegen wurde auch das Netzmonopol beseitigt. So entstanden nach unserem Kenntnisstand in der Folge im Fixnetzbereich einzelne alternative Netze, allerdings lediglich in bestimmten Teilbereichen, etwa im sogenannten Backbone und in einzelnen Stadtgebieten. Der Aufbau von flächendeckenden Alternativnetzen hingegen wäre praktisch unmöglich und wirtschaftlich weder sinnvoll noch erwünscht gewesen.

Ein weiteres Mittel zur Erreichung der Ziele gemäss Art. 1 fmg ist das Interkonnektionsregime:

*«Wie die Konzession ist auch die Interkonnektionspflicht ein zentrales Steuerungselement im Fernmeldemarkt. [...] Diese gegenseitige Regelung des Netzzuganges ist Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Fernmeldemarkt»*

(Botschaft fmg, S. 14 f.).

Die Erreichung der Ziele gemäss Art. 1 fmg hängt keineswegs davon ab, dass in jedem Fall mehrere voneinander unabhängige Netze aufgebaut werden.

Beim Interkonnektionsregime wird dies besonders deutlich, ist hier doch der Gedanke grundlegend, dass die Netze nicht dupliziert werden sollen. Ein weiteres Beispiel für Normen, die im Bereich des Fernmeldewesens zur Schaffung von Wettbewerb beitragen sollen, sind die Bestimmungen betreffend Nummernportabilität und Carrier Selection (vgl. Ziffer 2.2.11 und 2.2.13 der umts-Konzessionen).

Eine Auslegung des fmg in grammatikalischer, systematischer und historisch-entstehungszeitlicher Sicht führt somit zum Ergebnis, dass die *Ziele des Gesetzgebers* beziehungsweise des fmg primär in der Erbringung von preiswerten, vielfältigen, qualitativ hochstehenden und *konkurrenzfähigen Diensten* liegen. Hierfür soll der Wettbewerb sorgen. Das Infrastrukturmonopol der Telecom ptt beziehungsweise des Staates sollte mit Inkrafttreten des revidierten fmg am 1. Januar 1998 aufgehoben werden. Gleichzeitig ging es darum, die Möglichkeit zur Schaffung von alternativen Netzen beziehungsweise von Wettbewerb auch im Netzbereich zu ermöglichen. Die Schaffung von Wettbewerb bei den Netzen ist allerdings kein gesetzgeberisches Gebot, sondern lediglich eine mögliche Folge zur Erreichung der Ziele gemäss Art. 1 fmg. Dementsprechend lässt sich keine Verpflichtung zum Aufbau von vier unabhängigen umts-Netzen aus dem fmg ableiten. Hingegen darf die Marktordnung im Netzbereich den Wettbewerb im Dienstsektor nicht erschweren oder verunmöglichen.

### 2.2.3 Geltungszeitliche und teleologische Sicht

Dieses Ergebnis wird auch aus einer *zeitgemässen* und *geltungszeitlichen* Sicht, bei welcher auf das Normenverständnis und die Verhältnisse abgestellt

wird, wie sie gegenwärtig, das heisst zur Zeit der Rechtsanwendung, bestehen, sowie in *teleologischer* Hinsicht bestätigt.

Verschiedene Aspekte, die vorhin unter anderen Auslegungsgesichtspunkten releviert worden sind, sind auch und gerade dann relevant, wenn nach dem Sinn und Zweck des Fernmeldegesetzes gefragt wird. Es wäre widersinnig, wenn aus dem fmg eine Pflicht abgeleitet würde, mit der Erteilung von mehreren Mobilfunkkonzessionen zur Erbringung von Fernmeldediensten müssten sämtliche Inhaber von Mobilfunkkonzessionen eigene unabhängige umts-Netze aufbauen. Dies wäre angesichts der derzeit herrschenden Verhältnisse, insbesondere des wachsenden Widerstandes gegenüber dem Aufbau von Antennen sowie der immensen, mit dem Netzaufbau einhergehende Kosten, von den Intentionen des Gesetzes nicht gedeckt. Entscheidend erscheint, dass den Kunden ein vielfältiges und günstiges Angebot an Fernmeldediensten angeboten wird und dass dieses Angebot auf lange Zeit gesichert ist. *Dies setzt nicht zwangsläufig den Aufbau von mehreren unabhängigen Funkzugangnetzen voraus.* Im Gegenteil können der Kostenfaktor und das Risiko, dass angesichts der zunehmenden Schwierigkeiten des Antennenbaus die Netzerstellung massgeblich verzögert wird, sogar dazu führen, dass die Ziele des fmg mit mehreren Netzen schlechter erreicht werden als mit Kooperationslösungen.

Diese Rechtsauffassung muss auch der Haltung der Kommunikationskommission als Konzedentin zugrunde liegen. Diese verlangte in den erteilten Konzessionen von den Konzessionärinnen nicht, dass diese je gesondert ein flächendeckendes umts-Netz zu erstellen hätten. Sie begnügt sich mit einer Abdeckung durch eine eigene Netzinfrastruktur von 50 Prozent pro Konzessionsinhaber. Gemäss Ziffer

2.2.12 der umts-Konzessionen wird den Konzessionärinnen ausdrücklich gestattet, National-Roaming-Verträge untereinander abzuschliessen, sobald sie eine Versorgung von 20 Prozent der Bevölkerung der Schweiz erreicht haben. Wäre eine Mobilfunkkonzession zwingend mit einer Verpflichtung zum eigenen Netzaufbau verknüpft, fehlte dem Konzept, wie es in den erteilten Konzessionen verankert ist, die rechtliche Basis.

#### 2.2.4 Schlussfolgerung

Die Auslegung des geltenden Fernmelderechts auf Bundesebene führt somit zum *Schluss*, dass die *Vergabe von mehreren umts-Funkkonzessionen de lege lata nicht zur Folge haben muss, dass die umts-Konzessionärinnen eigene, voneinander unabhängige Funkzugangnetze erstellen und betreiben müssen.* Der Aufbau von nicht vollständig unabhängigen beziehungsweise der Aufbau eines gemeinsamen Funkzugangnetzes im umts-Bereich ist vom fmg her gesehen grundsätzlich als zulässig zu qualifizieren. Allerdings darf der Wettbewerb im Dienstebereich dadurch nicht beeinträchtigt werden.



## 3 UMTS-Konzessionen

### 3.1 Zum Konzessionsinhalt

Gemäss Art. 7 fmg kann die Konzessionsbehörde die Konzessionsvorschriften im Einzelfall festlegen, falls für einen konzessionspflichtigen Sachverhalt keine Vorschriften bestehen. Wie bereits dargelegt, enthält das fmg keine explizite Regelung über den Aufbau von Mobilfunknetzen. Somit steht es der Konzessionsbehörde (der ComCom) nach Art. 5 Abs. 1 fmg grundsätzlich offen, in den Konzessionsbestimmungen die Modalitäten des Netzaufbaus zu regeln. Dabei verfügt die ComCom als Regulatorin über einen grossen Ermessensspielraum.

Die ComCom hat im vorliegenden Fall Konzessionsbestimmungen erlassen und Vorgaben bezüglich Netzaufbau definiert. Ziffer 3.3.3 der umts-Konzession bestimmt, dass die umts-Konzessionärinnen verpflichtet sind, IMT-2000 umts-Dienste mit einer eigenen Netzinfrastruktur zu erbringen; dabei müssen 20 Prozent der Bevölkerung der Schweiz bis Ende 2002 und 50 Prozent der Bevölkerung der Schweiz bis Ende 2004 mit einem *eigenen* Netz versorgt werden. Diese Verpflichtung kann abgeändert werden, wenn die jeweilige Konzessionärin darlegen kann, dass sie diese Versorgungspflicht aus Gründen, die nicht in ihrem Einflussbereich liegen, nicht mehr erfüllen kann.

In Ziffer 3.3.4 der umts-Funkkonzession wird der *Begriff der eigenen Infrastruktur* näher ausgeführt. Dabei wird zunächst festgehalten, dass für den Antennenmast und das Betriebsgebäude anderen Netzbetreiberinnen die Mitbenutzung gewährt werden muss und dass die Antennen sowie deren Verbindungen zum sogenannten Node B entsprechend den technischen Möglichkeiten gemeinsam genutzt wer-

den können. Die Netzelemente Node B, rnc (Radio Network Controller) und Switches hingegen gehören gemäss umts-Funkkonzession zur eigenen Netzinfrastruktur und müssen durch jede Konzessionärin selber «erstellt» werden. Für die Verbindungen zwischen diesen Netzelementen schliesslich bestehen bezüglich Erstellung und Nutzung keine Vorgaben. Die diesbezüglichen Vorgaben der ComCom sind in Ziffer 3.3.4 der umts-Konzession mit Hilfe einer Grafik auch bildlich dargestellt.

Die Konzession legt wörtlich fest, dass die Netzelemente Node B, rnc und Switches selber «erstellt» werden müssen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob es hierdurch den Konzessionärinnen verwehrt ist, eine *Drittgesellschaft mit dem Netzaufbau zu betrauen*. Eine rein begriffliche Auslegung («erstellen») könnte zwar zu diesem Ergebnis führen. Es ist aber zu beachten, dass die Ziffer 3.3.4 im Zusammenhang mit der Ziffer 3.3.3 zu lesen ist, welche bestimmte Vorgaben für die Abdeckung mit «eigener» Infrastruktur enthält. Die Fragen der eigenen Infrastruktur sowie der gemeinsamen Nutzung der Infrastruktur stehen in diesen Bestimmungen im Vordergrund; mit dem Begriff «selber erstellen» soll deshalb wohl nur zum Ausdruck gebracht werden, dass – im Gegensatz zur gemeinsamen Nutzung der Antennenmasten und Antennen – bezüglich der Netzelemente Node B, rnc und Switches eine solche gemeinsame Nutzung nicht zulässig ist. Der Aufbau der «eigenen» Infrastruktur durch eine Drittgesellschaft ist deshalb aufgrund dieser Bestimmung nicht untersagt. Selbstverständlich bliebe aber auch in den Fällen, in denen eine Drittgesellschaft mit dem Netzaufbau betraut ist, letztlich die umts-Konzessionärin für den Aufbau der Netzinfrastruktur verantwortlich.

Es kann somit gefolgert werden, dass gemäss geltender umts-Konzession jede umts-Konzessionärin verpflichtet ist, eine «eigene» Netzinfrastruktur zu erstellen; zur eigenen Infrastruktur gehören die Netzelemente Node B, rnc und Switches. Hingegen sind die Konzessionärinnen *nicht verpflichtet, die Netzinfrastruktur selber aufzubauen*. Die Möglichkeit des Netzaufbaus durch eine von der umts-Konzessionärin beigezogene Drittgesellschaft kann mit guten Gründen bejaht werden. Falls aber die umts-Konzessionärinnen eine gemeinsame Netzinfrastruktur aufbauen und die in der umts-Konzession als «eigen» bezeichneten Elemente der Netzinfrastruktur gemeinsam nutzen wollen, müsste die *Konzession entsprechend abgeändert* werden.

## 3.2 Konzessionsänderungen

### 3.2.1 Allgemeines

Die Konzession stellt nach herrschender Lehre und Praxis ein «komplexes» Rechtsverhältnis dar, welches Verfügungsmässige und vertragliche Elemente miteinander verbindet (HÄFELIN/MÜLLER [Ziffer 2.1.], Rz. 2009; bge 109 II 76, 77 f., bge 113 Ia 361). Ursprung dieser «gespaltenen» Rechtsnatur bildet eine Überwindung prozessualer Hürden durch das Bundesgericht.

In der neuesten Praxis definiert das Bundesgericht die Konzession wie folgt:

*«Im Falle der Konzession wird ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten der Verleihungsbehörde und des Konzessionärs begründet, einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar. Die konzessionierte Un-*

*ternehmung erstellt aufgrund der Konzession ein Werk mit regelmässig beträchtlichen Investitionen, deren Rentabilität sich nicht kalkulieren lässt, wenn nicht Sicherheit über die finanziellen Lasten aus der Konzession und über die Konzessionsdauer besteht. Daraus ergibt sich, dass das Gemeinwesen nicht einseitig von der Konzession abgehen und das Leistungsverhältnis zu seinen Gunsten verändern kann (bge 126 II 171 E. 4 b, S. 180 ff., mit Hinweisen). Namentlich kann es grundsätzlich die Dauer der Konzession nicht kürzen, weil die Rentabilität des von der konzessionierten Unternehmung zu erstellenden Werkes davon wesentlich abhängt; (nur) insofern gehört die – vereinbarte – Dauer der Konzession zur Substanz des wohl erworbenen Rechts (bge 49 I 555 E. II/3, S. 584 f.)»*

(bge 127 II 76; vgl. auch bge 126 II 181).

Die vertragliche Natur führt namentlich dazu, auf Seiten des Konzessionärs sogenannte wohl erworbene Rechte anzuerkennen, die einer einseitigen Konzessionsänderung durch die Konzessionsbehörde entgegenstehen (bge 127 II 77; vgl. auch TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / KIENER REGINA, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 308 f.; STRUB DOMINIK, Wohlerworbene Rechte, insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Freiburg 2001, S. 94 ff.; RHINOW RENÉ, Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, ZBl 80/1979, S. 1 ff.). Dementsprechend befassen sich Lehre und Praxis hauptsächlich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Konzessionsbehörde einseitige Anpassungen einer Konzession zulasten des Konzessionärs vornehmen darf. Die Fokussierung der Gerichtspraxis auf diese Form der Konzessionsänderung darf jedoch nicht davon ablenken, dass Konzessionen nach den *allgemeinen Regeln verwaltungsrechtlicher Ver-*

*träge abgeändert* respektive nach den Regeln der Änderung (des Widerrufs) (zustimmungsbedürftiger) Verfügungen angepasst werden können (vgl. etwa POLEDNA TOMAS, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, S. 29 ff.).

Im fmg werden bloss Regeln über eine (einseitige) Konzessionsänderung durch die Konzessionsbehörde aufgestellt (Art. 10 fmg; vgl. nachstehend Ziffer 3.2.2). Der «Normalfall» einer Konzessionsänderung durch gegenseitige Übereinkunft (vgl. nachstehend Ziffer 3.2.3) unterliegt den erwähnten allgemeinen Grundsätzen. Schliesslich ist zu prüfen, ob die Konzessionärinnen Anspruch auf eine Konzessionsänderung haben, wenn sie aus der Konzession flussende Pflichten nicht erfüllen können (vgl. Ziffer 3 der umts-Konzession; nachstehend Ziffer 3.2.4).

### 3.2.2 Konzessionsänderung durch die Konzessionsbehörde

Art. 10 Abs. 1 fmg bestimmt, dass die Konzessionsbehörde einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen anpassen kann, wenn die Änderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist. Art. 10 Abs. 2 fmg hält überdies fest, dass die Konzessionärin angemessen entschädigt wird, wenn die Änderung der Konzession eine wesentliche Schmälerung der übertragenen Rechte bewirkt. Diese Gesetzesbestimmungen werden in Ziffer 2.3.3 der umts-Konzession wiederholt. Konzessionsbehörde ist nach Art. 5 fmg die ComCom, welche als Regulatorin bei einer Änderung der Konzessionen einen erheblichen Ermessensspielraum besitzt.

Zu prüfen ist im vorliegenden Fall, ob sich im Sinne von Art. 10 Abs. 1 fmg die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert haben (nachstehend Ziffer 3.2.2.1) und ob wichtige öffentliche Interessen für den gemeinsamen Aufbau eines umts-Netzes vorliegen, welche eine Abänderung der heute geltenden Konzessionsbestimmungen rechtfertigen (nachstehend Ziffer 3.2.2.2).

#### 3.2.2.1 Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse

Angesichts des Umstandes, dass sich der Widerstand in der Bevölkerung gegen den Bau von neuen Mobilfunkantennen verstärkt hat und nach menschlichem Ermessen weiter verstärken wird, darf mit guten Gründen angenommen werden, die (tatsächlichen) Verhältnisse hätten sich in der Zeitspanne vor der Vergabe der Konzessionen bis zum jetzigen Zeitpunkt massgeblich verändert.

Mit einer derartigen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse wird die in Art. 10 Abs. 1 fmg verlangte Voraussetzung für eine Konzessionsänderung erfüllt. Sollte die Behörde schon damals von nicht (mehr) zutreffenden Annahmen ausgegangen sein, ergibt sich erst recht ein Änderungsbedarf nach Art. 10 Abs. 1 fmg.

Zudem: Gemäss Art. 12 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 nsv hat der Bundesrat dem buwal die Kompetenz erteilt, die Berechnungsmethoden für die Grenzwerte festzulegen. Gestützt auf diese Ermächtigung, hat das buwal am 20. März 2001 technische Empfehlungen für die Berechnungsmethode vorgestellt, welche das bestehende Berechnungsverfahren mit einem sogenannten *Korrekturfaktor* «*k*» ergänzen. Dieser Korrekturfaktor führt nach den vorliegenden Unterlagen zu einer faktischen Verschärfung der

Grenzwerte um den Faktor 2. Die neue Berechnungsweise soll nach Auffassung des buwal bei allen neu zu erstellenden Mobilfunkantennenanlagen angewendet werden; das heisst, sie wird vor allem bei der Erstellung der umts-Netze massgebend sein. Gewisse Kantone tragen diesem neuen Berechnungsverfahren bei Baugesuchen der Konzessionärinnen betreffend umts-Mobilfunkantennenanlagen bereits heute Rechnung und wenden die neue Berechnungsart mit dem Korrekturfaktor «k» an. Inwieweit diese Kantone ihre Praxis aufgrund der Stellungnahme des Bundesrates zu diesem Thema, wonach das buwal die vorgeschlagene Berechnungsmethode nochmals zu überdenken habe und mit den Mobilfunknetzbetreibern abzusprechen habe, ändern werden, bleibt abzuwarten.

Gemäss den vorstehenden Ausführungen kann zum heutigen Zeitpunkt aber festgestellt werden, dass mit den neuen Empfehlungen der Aufbau von vier unabhängigen umts-Netzen *nachträglich massiv erschwert* wird. Zwar ändern die technischen Empfehlungen die nisv als solche formell nicht ab, doch führt das buwal über die Art der Berechnung der Immissionen eine faktische Verschärfung der nisv herbei, soweit die Kantone diese Berechnungsart bereits heute anwenden. Ob diese Verschärfung als solche rechtmässig erscheint, ist hier nicht zu untersuchen. Jedenfalls führte sie für die Konzessionärinnen zu einer veränderten Rechtslage. Darin kann eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 10 fmg erblickt werden.

*Zusammenfassend* haben sich demnach seit der Konzessionserteilung *sowohl die rechtlichen als auch die tatsächlichen Verhältnisse geändert*. Art. 10 fmg verlangt freilich keine kumulative Erfüllung der beiden Voraussetzungen. Es genügt, wenn sich entweder die tatsächlichen oder die rechtlichen Verhältnisse geändert haben.

### 3.2.2.2 *Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen*

Zusätzlich zur (alternativen) Voraussetzung einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ist erforderlich, dass die Konzessionsänderung der Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen entspricht. Eine Änderung der umts-Konzessionen im Hinblick auf einen gemeinsamen Netzaufbau liegt in vielfacher Hinsicht im öffentlichen Interesse. Die eingangs (Ziffer 1.) genannten Erwägungen bilden gewichtige Gründe für eine Änderung der umts-Konzessionen. Auf der anderen Seite sind keine erheblichen Gründe ersichtlich, die gegen eine entsprechende Änderung der umts-Konzessionen sprechen würden.

Insbesondere scheint es für einen *funktionierenden Dienstwettbewerb* nicht zwingend, dass im vorgelegten Bereich der Netzinfrastruktur ein Wettbewerb zwischen den Netzen herrscht. Es wurde bereits ausführlich dargelegt, dass Ziele des Gesetzes primär tiefere Preise, hohe Qualität und ein vielfältiges Angebot im Dienstebereich sind. Der Infrastrukturwettbewerb als solcher ist vom Gesetzgeber nicht zwingend vorgesehen worden und soll, wo nötig und möglich, im Interesse der Erreichung der Ziele des fmg den Wettbewerb im Dienstebereich fördern. Es kommt ihm demnach eine *dienende Funktion* zu. Eine solche Förderung des Dienstwettbewerbes erscheint aber im Bereich der umts nicht notwendig. Da sich der umts-Markt offenbar primär über die *Inhalte* und nicht über den Transport dieser Inhalte definieren wird, werden sich die Konzessionärinnen über die Qualität und die Vielfalt ihrer Produkte sowie über die Preise differenzieren. Ein Wettbewerb zwischen vier unabhängigen Netzen ist hierzu nicht notwendig.

Überdies würden die strengen Konzessionsvorschriften betreffend Standortmitbenutzung den *Wettbewerb im Bereich der Netze ohnehin stark begrenzen*. Zudem würden die Vorteile eines trotz Ziffer 4.1 der umts-Konzession eventuell noch verbleibenden Wettbewerbes im Infrastrukturbereich im Falle des Aufbaus von vier Netzen die unter Ziffer 1.3 genannten Vorteile eines gemeinsamen Netzaufbaus überwiegen.

### 3.2.2.3 Schlussfolgerung

Als *Resultat* ist festzuhalten, dass die *Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 1 FMG gegeben* sind. Danach wäre die Konzessionsbehörde befugt, einseitig die Konzession abzuändern, um einen gemeinsamen Netzaufbau zu ermöglichen. Freilich könnten sich bei einem einseitigen Vorgehen heikle Fragen der Entschädigung stellen (Abs. 2). Nachfolgend wird indessen aufgezeigt, dass auch nach den allgemeinen Regeln des Konzessionsrechts die Bedingungen für eine Konzessionsänderung erfüllt sind, so dass sich ein einseitiges Vorgehen der ComCom jedenfalls gegenüber den änderungswilligen Konzessionärinnen erübrigt.

### 3.2.3 Änderung im gegenseitigen Einvernehmen

Art. 10 fmg regelt Konzessionsänderungen, welche auf Veranlassung der ComCom einseitig angeordnet werden können. In casu geht es aber darum, dass die umts-Funkkonzessionen *auf Antrag von Konzessionärinnen geändert* werden sollen, somit mit deren Einverständnis. Ein solcher Sachverhalt wird weder durch das fmg noch durch die Konzessionsbestimmungen explizit geregelt. Die ComCom

erachtete sich in den Fällen vpb 65.25 sowie vpb 65.26, worin es ebenfalls um ein Konzessionsänderungsgesuch seitens der Konzessionsnehmerin ging, aufgrund Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 fmg als zuständig. Dies lässt sich sowohl aus dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 fmg entnehmen, wonach die Konzessionsbehörde Änderungen vornimmt, als auch implizit aus Abs. 2, wonach die Konzessionärin angemessen entschädigt wird, wenn die Änderung der Konzession eine wesentliche Schmälerung der übertragenen Rechte bewirkt.

Weiter stellt sich die Frage, ob die ComCom die Voraussetzungen der geänderten rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse überhaupt berücksichtigen muss, wenn die Konzessionsänderung im gegenseitigen Einvernehmen beziehungsweise auf Antrag der umts-Konzessionärinnen erfolgt.

Wie oben ausgeführt wurde, ergibt sich weder aus den Materialien noch aus dem Text des fmg, dass die Regelung von Art. 10 fmg als abschliessend zu betrachten ist und daher eine Konzessionsänderung nur im Rahmen dieser Gesetzesbestimmung möglich sein soll. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber – wie dies in vergleichbaren Fällen üblich ist – die Änderung der Konzession im gegenseitigen Einvernehmen zwischen der Konzessionsbehörde und der Konzessionärin nicht geregelt hat. Deshalb sind für diesen Sachverhalt die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Konzessionsrechts heranzuziehen.

Grundlegend erscheint die bereits oben skizzierte *duale Natur der Konzession*, nach welcher zwischen einem Verfügungsmässig und einem vertraglich begründeten Teil der Konzession unterschieden wird. Zum Verfügungsteil gehören diejenigen Konzessionsbestimmungen, die durch das Gesetz weitgehend festgesetzt sind und Pflichten des Konzessionärs re-

geln, an deren Erfüllung ein wesentliches öffentliches Interesse besteht. Vertraglich sind diejenigen Teile der Konzession, bei welchen die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage gering und damit der Spielraum der Ausgestaltung der Konzessionsbestimmungen im Einzelfall gross erscheint.

Im vorliegenden Fall wird die Art und Weise des Aufbaus der Mobilfunknetze durch die umts-Konzessionärinnen vom Gesetzgeber nicht geregelt. Gemäss Art. 7 i.V.m. Art. 23 fmg wird der Aufbau der Mobilfunknetze durch die ComCom festgelegt. Daraus folgt, dass *Konzessionsbestimmungen über den Aufbau der umts-Netze zum vertraglichen Teil der Konzession zu zählen sind*. Somit muss es den «Konzessionsparteien» freistehen, in gegenseitigem Einverständnis die Konzessionsbestimmungen zu ändern (in diesem Sinn auch: POLEDNA [Ziffer 3.2.1], S. 272). Eine Änderung kann sich insbesondere aufgrund der «Empfehlungen für die Koordination der Planungs- und Baubewilligungsverfahren für Basisstationen für Mobilfunk und drahtlose Teilnehmeranschlüsse (Antennenanlagen)» des bakom vom 22. Januar 2001 aufdrängen. Das bakom befürwortet in den oben genannten Empfehlungen unter Ziffer 2 die Zusammenarbeit unter den Konzessionärinnen. Diese richtet sich nach den geltenden Konzessionsbestimmungen und bezieht sich somit nur auf die Antennenanlagen: «Im Hinblick auf eine speditive Abwicklung des Bewilligungsverfahrens muss es den verschiedenen Konzessionärinnen ein Anliegen sein, ihre Antennenanlagen nach Möglichkeit bereits vor Einreichung des Baugesuchs direkt untereinander abzustimmen. Sie unterbreiten entsprechende Zusammenarbeitskonzepte oder -vereinbarungen der zuständigen Behörde.» Die Gesuchstellerinnen handeln also gemäss den Empfehlungen, wenn sie der ComCom als zuständige Behörde dieses «Zusammenarbeitskonzept» vorlegen.

### 3.2.4 Rechtsanspruch auf Änderung der Konzession?

Gemäss Ziffer 3.3.3 der umts-Konzession kann die Versorgungspflicht mit eigener umts-Netzinfrastruktur (nur) abgeändert werden, «wenn die Konzessionärin beweisen kann, dass sie diese aus Gründen, die nicht in ihrem Einflussbereich liegen, nicht mehr erfüllen kann ...» (vgl. Entscheide vpb 62.25 sowie 65.26, in welchen aufgrund des gleichen [gsm-]Konzessionswortlautes entschieden wurde).

Diese Bestimmung ist als «Kann-Formulierung» konzipiert und deutet daher auf eine Ermessenssituation hin. In der Verwaltungsrechtslehre wird diese Form des Ermessens «Entschliessungsermessen» genannt, weil der Behörde der Entscheid überlassen wird, ob eine bestimmte Massnahme zu treffen sei oder nicht (vgl. etwa HÄFELIN / MÜLLER [Ziffer 2.1], Rz. 348; KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 634). Jegliches Ermessen ist «pflichtgemäss» zu handhaben; es untersteht den verfassungsrechtlichen Grundrechten und Grundsätzen. So sind insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen zu beachten (KNAPP BLAISE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, Basel 1992, Abschnitt 162 ff.). Aus dieser Bindung an die Verfassung kann sich u.U. im Einzelfall eine sogenannte Ermessensreduzierung ergeben, so dass die Behörde verpflichtet ist, die einzige verbleibende verfassungskonforme Entscheidung zu treffen. Der ursprünglich vorhandene Ermessenstatbestand reduziert sich damit auf eine einzige Lösung («auf Null»); eine Situation, die auch «Ermessenschrumpfung» genannt wird (HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Auflage, München 2000, § 7, Rz. 24).

Im vorliegenden Fall spricht viel für die Annahme, dass Ziffer 3.3.3 der umts-Konzessionen zu einer derartigen «Ermessensschumpfung» führen kann. Wenn der Tatbestand von Abs. 2 erfüllt ist, das heisst die Konzessionärin den Beweis der «schuldlosen» Unfähigkeit der Pflichterfüllung erbringen kann, *muss* die Konzession abgeändert werden. (Auswahl-)Ermessen besteht dann allenfalls noch, wie diese Änderung vorgenommen wird. Diese Argumentation wird dadurch untermauert, dass es in Rechtstexten oft vorkommt, dass Kann-Formulierungen nicht unbedingt klassische Ermessenssituationen begründen, sondern «untechnisch» die Kompetenz zur Abweichung von einer Regel begründen. Umformuliert könnte Ziffer 3.3.3 (verkürzt) so lauten: «Grundsätzlich besteht eine Versorgungspflicht. Nur wenn diese nicht mehr erfüllbar ist, kann von ihr abgewichen werden.» Offen bleibt, wer diese Abänderung beschliesst. Ziffer 3.3.3 beantwortet diese Frage im Text nicht, so dass davon auszugehen ist, dass dies – bei Erfüllung der genannten Voraussetzungen – auf Begehren der Konzessionärinnen zu geschehen hat. Der neue Konzessionsinhalt bedarf dann freilich der Zustimmung der Konzessionsbehörde und des Konzessionsinhabers.

### 3.2.5 Exkurs: Keine Ansprüche ausgeschiedener Bewerber

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass Dritte, z.B. ausgeschiedene Bewerber für eine umts-Konzession, durch eine Abänderung der heute geltenden umts-Konzessionen in ihren Rechten nicht tangiert würden. Einerseits haben sie durch ihren «Ausstieg» aus dem Auktionsverfahren zum Voraus und endgültig auf eine der vier umts-Konzessionen verzichtet. Andererseits steht Ihnen kein Anspruch darauf zu, dass die umts-Netze gemäss damaligen

Ausschreibungsbedingungen und somit gemäss derzeit geltenden Konzessionsbestimmungen gebaut werden. Art. 10 fmg und die allgemeinen konzessionsrechtlichen Grundsätze räumen der ComCom sogar die Kompetenz ein, Änderungen der umts-Konzessionen einseitig vorzunehmen, sofern überwiegende öffentliche Interessen dies erfordern, und verbieten erst recht die Abänderung einer Konzession im gegenseitigen Einverständnis nicht.

## 3.3 Konzessionspflicht bei gemeinsamem Netz?

### 3.3.1 Allgemeines

Der gemeinsame Aufbau eines Access-Netzes durch umts-Konzessionärinnen bedarf einer Änderung der entsprechenden Konzessionen. Da nach Art. 4 Abs. 1 fmg nur konzessionspflichtig ist, wer Fernmeldedienste erbringt und *dabei auch erhebliche Teile der Übertragungsinfrastruktur unabhängig betreibt*, stellt sich die Frage, ob bei einem gemeinsamen Netz überhaupt noch eine Konzessionspflicht besteht.

Vorweg kann festgehalten werden, dass auch im Falle eines gemeinsamen umts-Netzaufbaus durch eine Netzgesellschaft die umts-Konzessionärinnen Fernmeldediensteanbieterinnen bleiben. Als Fernmeldediensteanbieterin gilt nämlich, wer als natürliche oder juristische Person Informationen für Dritte fernmeldetechnisch selber überträgt oder übertragen lässt und diesen Dritten gegenüber im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses die Verantwortung für die Erbringung der versprochenen Dienstleistungen übernimmt.

### 3.3.2 Voraussetzungen der Konzessionspflicht

Die Konzessionspflicht setzt im Wesentlichen drei Merkmale voraus:

- eine rechtliche Stellung als Fernmeldedienstanbieterin;
- das Betreiben von *erheblichen Teilen* der Übertragungsinfrastruktur;
- die Unabhängigkeit beim Betreiben der Übertragungsinfrastruktur.

Da die umts-Konzessionärinnen selbst bei einem gemeinsamen umts-Netzaufbau als *Fernmeldedienstanbieterinnen* zu betrachten sind, erfüllen diese die Voraussetzung der Fernmeldekonzessionspflicht. Gemäss Aussagen von Fernmeldetechnikern müssten zudem bei einem gemeinsamen umts-Netz die umts-Konzessionärinnen immer noch *wesentliche Teile der Übertragungsinfrastruktur* unabhängig voneinander betreiben. So würden lediglich die Netzelemente Node B, rnc sowie die Antennen und deren Verbindung zum Node B Bestandteile des gemeinsamen Netzes bilden. Andere wesentliche Teile der Netzinfrastruktur wären von jeder umts-Konzessionärin nach wie vor selbständig zu erstellen. Die Voraussetzung des Betriebes von erheblichen Teilen der Übertragungsinfrastruktur bliebe somit erfüllt.

Die vorausgesetzte *Unabhängigkeit* beim Betrieb der Übertragungsinfrastruktur wird von einer Fernmeldedienstanbieterin erfüllt, wenn sie die tatsächliche Kontrolle über die betriebene Übertragungs- oder Vermittlungseinrichtung ausübt (Merkblatt des bakom, S. 4). Steht die Netzinfrastruktur nicht im Eigentum einer Netzgesellschaft, sondern im Miteigentum der beteiligten umts-Anbieterinnen (eine Variante der Ausgestaltung des Einheitsnetzes),

so ist die Voraussetzung der Unabhängigkeit beim Betrieb der Übertragungsinfrastruktur wohl gegeben, weil die am Einheitsnetz beteiligte umts-Konzessionärin in einem solchen Fall nicht nur zu einem wesentlichen Teil die Kontrolle über die betriebenen Übertragungs- oder Vermittlungseinrichtungen ausübt, sondern auch Eigentümerin des Netzes ist. Die Netzgesellschaft wäre eine reine «Servicegesellschaft», welche von den umts-Konzessionärinnen kontrolliert wird, weshalb bei einer solchen Konstellation die Voraussetzung der Unabhängigkeit beim Betreiben der Übertragungsinfrastruktur gegeben ist.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob die vom Gesetz geforderte Unabhängigkeit auch dann vorliegt, wenn die Netzgesellschaft Eigentümerin der Netzinfrastruktur ist. Gemäss Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz (BBl 1996 III 1425) soll das Kriterium der Unabhängigkeit die tatsächlich verantwortlichen Betreiberinnen der Infrastruktur in die Pflicht nehmen. Eine Hilfsperson ohne wesentliche Entscheidungsbefugnisse soll von der Konzessionspflicht nicht erfasst werden. Aufgrund dieser Aussage in der Botschaft, welche im Merkblatt des bakom auch übernommen wird, kann gefolgert werden, dass der Gesetzgeber das Vorhandensein der Unabhängigkeit beim Betreiben der Übertragungsinfrastruktur nicht an das Kriterium des zivilrechtlichen Eigentums knüpfen wollte. Vielmehr ist entscheidend, wer für den Betrieb der Übertragungsinfrastruktur verantwortlich ist. Auch wenn das umts-Netz im Eigentum der Netzgesellschaft stehen würde, könnten die umts-Konzessionärinnen aufgrund ihrer Beteiligung an der Netzgesellschaft und der mit dieser abzuschliessenden Verträge über die Benützung des umts-Netzes einen starken Einfluss auf den Betrieb des umts-Netzes ausüben. Die umts-Konzessionärinnen erschienen somit nicht als

blasse Hilfspersonen ohne wesentliche Entscheidungsbefugnis über die Übertragungsinfrastruktur. Sie wären vielmehr immer noch zu einem wesentlichen Teil für die Übermittlungsinfrastruktur verantwortlich. Somit würden die umts-Konzessionärinnen auch in einem solchen Fall die Voraussetzung der Unabhängigkeit erfüllen.

### 3.3.3 Schlussfolgerungen

Somit ergibt sich, dass die umts-Konzessionärinnen auch bei einem gemeinsamen Netzaufbau fernmeldekonzessionspflichtig bleiben. Sie bleiben Fernmeldedienstanbieterinnen, betreiben erhebliche Teile der Übertragungsinfrastruktur, und dieser Betrieb erfolgt nach wie vor in unabhängiger Weise.



## 4 Kartellrechtliche Überlegungen

### 4.1 Fragestellung

Es stellt sich im Weiteren die Frage, ob allenfalls kartellrechtliche Erwägungen einer Änderung der umts-Konzessionen entgegenstehen. Dabei ist zu differenzieren zwischen der grundsätzlichen Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und – falls diese Frage bejaht wird – der Problematik, ob durch ein gemeinsames umts-Netz der Wettbewerb beeinträchtigt oder beseitigt wird.

### 4.2 Anwendbarkeit des Kartellgesetzes

Was die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (kg, sr 251) betrifft, so ist von Art. 3 Abs. 1 kg auszugehen. Danach werden Vorschriften vorbehalten, «soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen». Dies gilt insbesondere für Normen, die gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b kg «die einzelnen Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten». Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine – grundsätzliche – Monopolsituation, die durch Konzessionserteilung teilweise in eine Wettbewerbsordnung «umgestaltet» werden soll. Wie oben ausgeführt wurde, ist das fmg im Bereich der Dienste klar von dieser zielführenden Idee geprägt. Von daher gesehen dürfte das Kartellrecht auf den Dienstewettbewerb vollumfänglich anwendbar sein.

Anders präsentiert sich aber die Lage im Bereich der *Infrastruktur*. So besteht kein Zweifel daran, dass die Erstellung und der Betrieb der (Funk-)Netze auch unter das Fernmeldemonopol des Bundes (Art. 92 Abs. 1 BV) fällt. Es handelt sich bei der Nutzung

der Funkfrequenzspektren im Fernmeldebereich um den Zugriff auf eine natürliche Ressource. Es geht bei der Erteilung einer Funkkonzession daher nicht nur um die Zulassung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern vor allem auch um die Zuteilung eines beschränkten öffentlichen Gutes (BBl 1996 III 1431). Diese Zuteilung erfolgt gemäss Art. 1 Abs. 1 fmg mit dem Zweck, der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hochstehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste anzubieten.

Ein klarer Wille, der sich im Gesetz selbst niedergeschlagen hätte, auch im Netzbereich zwingend eine Wettbewerbsordnung einzuführen, fehlt. Jedenfalls erscheint die These plausibel, Netzwettbewerb sei (nur, aber immerhin) soweit und solange geboten, als dieser für den Dienstewettbewerb erforderlich erscheint. Das Fernmeldegesetz will als «Marktgesetz» einen «wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen» (Art. 1 Abs. 1 Bst. c fmg). Es verlangt also nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut «wirksamen Wettbewerb» nicht bei den Fernmeldeanlagen (vgl. Art. 3 Bst. d fmg) und der Netzinfrastruktur, jedenfalls dann nicht, wenn das Ziel des Dienstewettbewerbs auch auf andere Weise erreicht werden kann. Damit verbleibt der Netzsektor grundsätzlich im Monopolbereich des Bundes. Dieser hat die in Art. 1 fmg angeführten Ziele zu verfolgen; demnach muss er auch seine «Netzpolitik» im Rahmen der Fernmeldekonzessionen auf das fmg abstimmen, ohne hier zwingend einen «wirksamen Wettbewerb» schaffen zu müssen.

### 4.3 Beschränkung des Wettbewerbs

Falls dennoch das Kartellgesetz auf den Netzbereich als «relevanten Markt» anwendbar erklärt würde (was hier verneint wird), so wäre zu prüfen, ob der Wettbewerb durch eine Änderung der Konzessionen im Hinblick auf gemeinsame Erstellung und Betrieb der Netzinfrastruktur beschränkt oder beseitigt würde. Art. 5 Abs. 1 kg erklärt Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, als unzulässig. Eine Abrede liegt nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 kg vor bei rechtlich erzwingbaren oder nicht erzwingbaren Vereinbarungen (...). Da die Zusammenarbeit wohl vertraglich geregelt würde, könnte an sich eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 kg vorliegen (ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 265). Auch das Merkmal des Marktes für bestimmte Leistungen, in casu Infrastrukturleistungen, wäre erfüllt.

Die derzeit geltenden umts-Konzessionen verpflichten die Konzessionärinnen zu einer weitgehenden Zusammenarbeit bezüglich Erstellung und Nutzung von Antennenanlagen. So hält Ziffer 4.1 der umts-Konzessionen fest:

*«Die Konzessionärin unternimmt alle zumutbaren Anstrengungen, um bei Errichtung und Betrieb von Antennenanlagen die Mitbenutzung der entsprechenden Standorte für andere Mobilfunkkonzessionärinnen zu ermöglichen. Sie ist zudem verpflichtet, bestehende Standorte anderer Mobilfunkkonzessionärinnen zu benutzen, sofern genügend*

*Kapazität vorhanden ist und technische, rechtliche sowie wirtschaftliche Gründe der Standortmitbenutzung nicht entgegenstehen.»*

Verdeutlichend wird in Ziffer 3.3.4 der umts-Konzession festgehalten, welche Teile der Infrastruktur gemeinsam benutzt werden dürfen. Schliesslich dürfen die Konzessionärinnen unter bestimmten Voraussetzungen Roaming anbieten beziehungsweise in Anspruch nehmen:

*«Den einzelnen IMT-2000/umts-Konzessionärinnen steht es frei, National-Roaming-Verträge untereinander abzuschliessen, sobald sie eine Versorgung von 20 Prozent der Bevölkerung der Schweiz gemäss Ziffer 3.3.3 erreicht haben»*

(Ziffer 2.2.12.1 der umts-Konzessionen).

Damit geht offensichtlich auch die ComCom davon aus, dass ein wirksamer Wettbewerb im Netzsektor nicht geboten und auch nicht erforderlich ist. Denn ein solcher könnte sich kaum auf den in den Konzessionen verlangten Abdeckungsbereich von maximal 50 Prozent der Bevölkerung erstrecken. Aus Sicht der Öffentlichkeit und der Konzessionsbehörden erfolgt im Idealfall eine Standortmitbenutzung sämtlicher vier umts-Konzessionärinnen im Sinne von Ziffer 4.1 der umts-Konzession bezüglich einer jeden Antennenanlage. Diesfalls würden die umts-Konzessionärinnen den Aufbau der umts-Netze im Detail miteinander koordinieren und absprechen. Bezüglich Koordination unter den umts-Konzessionärinnen ergäben sich aus wettbewerbsrechtlicher Sicht deshalb keine Unterschiede, falls nicht nur die Antennen, sondern auch die Nodes B, die rsc und die Funkfrequenzspektren durch die umts-Konzessionärinnen gemeinsam benützt würden. Eine gemeinsame Nutzung auch dieser Komponenten hätte aus wettbewerbsrechtlicher

Sicht auf die Qualifikation der Absprachen unter den Konzessionärinnen keinen Einfluss. Die näheren Details des Netzaufbaus müssten in beiden Fällen (das heisst im Fall, dass nur die Antennen, und im Fall, dass auch die übrigen Elemente gemeinsam benützt werden) miteinander besprochen und festgelegt werden.

Zudem setzt auch das den umts-Konzessionärinnen eingeräumte Recht zu National Roaming voraus, dass sich die umts-Konzessionärinnen absprechen; ohne entsprechende Absprachen wäre eine sinnvolle Implementierung von National Roaming und Auslegung der Netze nicht möglich. Auch dies ist wettbewerbsrechtlich offenbar unbedenklich, ansonsten dieses Recht nicht in die umts-Konzession aufgenommen worden wäre. In diesem Zusammenhang ist überdies noch daran zu erinnern, dass sowohl die ComCom als auch die weko die National-Roaming-Vereinbarung im gsm-Bereich zwischen der Swisscom und der Orange als unbedenklich qualifiziert hatten (Verfügung der ComCom vom 31. August 1999 und Stellungnahme der weko vom 11. August 1999 im Verfahren 31-0054: diAx mobile gegen Roaming Agreement Swisscom AG / Orange Communications SA).

Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass ein gemeinsamer Netzaufbau aus wettbewerbsrechtlicher Sicht «qualitativ» keine anderen Abreden unter den umts-Konzessionärinnen bedingen würden als diejenigen, zu denen die umts-Konzessionärinnen gemäss gegenwärtigen Ziffern 2.2.12 und 4.1 der umts-Konzessionen bereits verpflichtet beziehungsweise berechtigt sind.

#### 4.4 Gründe wirtschaftlicher Effizienz

Selbst wenn man annehmen wollte, dass wirksamer Wettbewerb erheblich beeinträchtigt oder beseitigt würde, müssten bedeutende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz die Abreden rechtfertigen. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b kg sind Wettbewerbsabreden durch solche Gründe gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Kosten zu senken, die Produkte zu verbessern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (Bst. a). So können Kosten im Netzbereich durch Aufteilung auf mehrere Parteien massgeblich gesenkt werden (vgl. dazu MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5–8, in: Zäch Roger, Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 25: «In Betracht fallen dabei insbesondere die Einsparung doppelter oder mehrfacher Untersuchungs-, Forschungs- und Investitionsaufwendungen [...] etc.»). Durch Zusammenarbeit kann die Qualität optimiert und die Umwelt durch geringere Emissionen geschont werden (vergleiche auch Botschaft zum Kartellgesetz, S. 559; BBl 1995 I 468). Die Voraussetzungen von Bst. a treffen ohne weiteres im vorliegenden Fall zu.

Art. 5 Abs. 2 Bst. b kg verlangt kumulativ zu Bst. a, dass den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnet wird, wirksamen Wettbewerb in dem vom Gesetz verlangten Dienstebereich zu beseitigen. Die gemeinsame Benutzung der dem Wettbewerb vorgelagerten Infrastruktur hat dies sicherzustellen.

Schliesslich muss die Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 2 kg *notwendig* sein. Nach MEIER-SCHATZ (Ziffer 4.4) ist dieses Merkmal dann er-

füllt, wenn vernünftigerweise die Prognose gestellt werden kann, dass die im Visier liegenden (positiven) Ziele unerlässlich zur Erreichung der angepriesenen Verbesserungen sind (vgl. Art. 85 III des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (egv) vom 25. März 1957). Eine bestmögliche Nutzung, Koordination und Organisation der Antennenstandorte und der Infrastruktur ist durch enge Zusammenarbeit am ehesten gegeben.

ob die Netzgesellschaft, die über sogenannte «essential facilities» verfügen würde, im Rahmen der erteilten Konzession(en) überhaupt in der Lage wäre, Dritte von der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbes «fernzuhalten».

#### 4.5 Marktbeherrschendes Unternehmen?

Nicht näher zu untersuchen ist hier die Frage, ob eine umts-Netzgesellschaft unter Beteiligung der einzelnen Gesellschaften eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 kg verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen dann unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Art. 7 Abs. 2 kg enthält des Weiteren einen Beispielskatalog dieser Verhaltensweisen.

Wie bereits erwähnt, findet das Kartellrecht nach der hier vertretenen Meinung im Infrastrukturbereich keine Anwendung. Zudem kann «die blosser Erlangung einer marktbeherrschenden oder gar einer monopolartigen Stellung» nicht eo ipso nach Art. 7 kg unzulässig sein (Zäch [Ziffer 4.3], Rz. 329).

Je nach Ausgestaltung der Netzgesellschaft und deren Stellung würde allenfalls auf die Problematik zurückzukommen sein. Insbesondere wäre zu prüfen,





## 5 Zur Realisierung eines gemeinsamen Funkzugangsaufbaus

### 5.1 Allgemeines

Die Zusammenarbeit der Konzessionärinnen bezüglich eines (gemeinsamen) Funkzugangsaufbaus kann auf vielfältige Weise ausgestaltet werden. Im Folgenden kann es nicht darum gehen, die Vor- und Nachteile der einzelnen Kooperations- respektive Gesellschaftsformen im Einzelnen darzustellen und gegeneinander abzuwägen. Vielmehr soll im Sinne eines Überblicks auf grundsätzliche Realisierungsmöglichkeiten in rechtlicher Sicht hingewiesen werden.

Bei allen Varianten kann es zu einer starken Konkurrenz gegenüber (der) an diesem Projekt nicht beteiligten Unternehmung(en) kommen, was wiederum kartellrechtliche Problematiken aufwirft. Für die Beantwortung der kartellrechtlichen Fragen kann auf die vorangegangenen Erläuterungen verwiesen werden.

### 5.2 Von privater Hand geführter Funkzugangsaufbau

#### 5.2.1 Allgemeines

Verbleibt der Aufbau (und Unterhalt) des Funkzugangsaufbaus bei den Konzessionärinnen, so stehen ihnen in erster Linie drei Möglichkeiten zur Verfügung:

1. Zusammenschluss der Unternehmungen bezüglich des umts-Funkzugangsaufbaus und Gründung einer gemeinsamen, durch sie selbst kontrollierten Netzgesellschaft (Ziffer 5.2.2);

2. Schaffung einer von den Unternehmungen unabhängigen, separaten Netzgesellschaft (Ziffer 5.2.3);
3. Aufteilung des Konzessionsgebietes Schweiz in Regionen, wobei gegenseitige Nutzungsrechte für die jeweils anderen Regionen eingeräumt werden (Ziffer 5.2.4).

#### 5.2.2 Von den beteiligten Unternehmungen gemeinsam geführte Netzgesellschaft

Die rechtliche Ausgestaltung einer gemeinsam geführten Netzgesellschaft, sei es in Form einer AG, einer GmbH, eines kaufmännischen Vereins oder einer Kollektivgesellschaft, kann grundsätzlich im Rahmen der Privatautonomie den Parteien überlassen werden.

Hervorzuheben ist ein spezifisches Problem, welches sich im Zusammenhang mit einem gemeinsamen Vorgehen ergibt:

Bei der Schaffung einer einzigen, von den Unternehmungen gemeinsam kontrollierten Netzgesellschaft müssen die Rechte und Pflichten der Konzessionärinnen (bezüglich des Netzaufbaus) in diese Netzgesellschaft mit eingebracht, das heisst übertragen werden.

Gemäss Art. 9 fmg kann eine Konzession teilweise oder vollständig nur mit Einwilligung der Konzessionsbehörde übertragen werden. So führt die umts-Konzession in Punkt 2.3.2 aus:

*«[...] Bei der Beurteilung von Gesuchen um eine teilweise oder vollständige Übertragung der Konzession wird die Konzessionsbehörde neben der*

*Einhaltung der Konzessionsbedingungen insbesondere überprüfen, ob durch die beantragte Übertragung die Vergabebedingungen oder das Vergabeverfahren nicht unterlaufen werden beziehungsweise ob es sich z.B. um eine reale Übertragung der Geschäftstätigkeit der Konzessionärin handelt.*

*Änderungen im Aktionariat der Konzessionärin sind der Konzessionsbehörde zu melden. Sie gelten als teilweise oder vollständige Übertragung der Konzession gemäss Art. 9 FMG und erfordern die Genehmigung der Konzessionsbehörde.*

*Meldepflichtig sind grundsätzlich alle Änderungen in den Beteiligungsverhältnissen an der Konzessionärin oder an deren Gesellschafterinnen, wenn sich dadurch die Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit der Konzessionärin ändern.*

*Meldepflichtig sind insbesondere Übertragungen, wenn die Erwerberin direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungen erwirbt und damit zusammen mit den Beteiligungen, die sie bereits besitzt, den Grenzwert von 20 Prozent der Stimmrechte der Konzessionärin, ob ausübbar oder nicht, überschreitet.*

*Eine ausreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit zwischen den IMT-2000/umts-Konzessionärinnen muss während der gesamten Konzessionsdauer gewährleistet sein.*

*Jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb von Beteiligungen oder der Abschluss eines Vertrages, durch den eine IMT-2000/umts-Konzessionärin unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über eine bisher unabhängige IMT-2000/umts-Konzes-*

*sionärin oder Teile einer solchen erlangt, ist der Konzessionsbehörde zu melden und kann zum Entzug der Konzession einer oder aller beteiligten IMT-2000/umts-Konzessionärinnen oder zu besonderen Konzessionsauflagen führen.»*

Grundsätzlich liegen Sinn und Zweck der Meldebeziehungsweise Bewilligungspflicht in der Prävention der Umgehung des Vergabeverfahrens. Trotzdem können auch sonstige Änderungen, insbesondere der Wechsel der Beteiligungen bei den Konzessionärinnen, darunter subsumiert werden. Im vorliegenden Fall müssten also die Konzessionärinnen zunächst eine Bewilligung der Konzessionsbehörde einholen.

Es stellt sich dabei die Frage, ob die geforderte wirtschaftliche Unabhängigkeit gefährdet würde. Existiert nur eine einzige, separate Netzgesellschaft, könnte eingewendet werden, dass der umts-Markt von einem faktischen Monopol kontrolliert wird. Dem ist entgegenzusetzen, dass die Netzgesellschaft die (technische) Verantwortung alleine für den Aufbau und für den Unterhalt der Netzinfrastruktur trägt. Die Dienstleistungen, welche durch das Core-Netz erbracht werden, verbleiben in der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der jeweiligen Unternehmung.

Dem Gesetzgeber ging es bei der Liberalisierung in erster Linie darum, den Konsumenten eine breite und zugleich günstige Palette an Dienstleistungen von verschiedenen Unternehmungen anbieten zu können. Erfolgt der Aufbau des Funkzugangnetzes separat von derjenigen des Core-Netzes, so ist die Forderung des Gesetzgebers nach einer Liberalisierung der Dienstleistungen erfüllt. Unterstrichen werden kann dies mit der Interpretation des bakom (Merkblatt des bakom «Definition des Begriffs

«Fernmeldedienstanbieterin» unter Einbezug des Konzessions- bzw. Meldepflicht» vom 15. Oktober 2001, S. 4), welche unter Erbringen von Fernmeldediensten nicht ein technisches Erbringen versteht, sondern an das wirtschaftliche Kriterium im Sinne der Bereitstellung von Dienstleistungen anknüpft.

### 5.2.3 Unabhängige Netzgesellschaft

Die partizipierenden Unternehmungen können ihre Rechte und Pflichten auch auf eine einzige, unabhängige Gesellschaft übertragen und durch diese Drittgeseilschaft den Netzaufbau ausführen lassen. Die Konzessionärinnen hätten bei dieser Konstellation keinerlei Mitspracherechte in dieser (unabhängigen) Netzgesellschaft. Die bereits erläuterten Probleme der Übertragung sowie die kartellrechtlichen Aspekte spielen auch hier eine Rolle. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen der Ziffern 4 sowie 5.2.2 verwiesen werden. Da die Preise der Dienstleistungen dieser Netzbetreiberin autonom von ihr bestimmt würde, ergeben sich insbesondere im Bereich der Preisabsprachen keine relevanten Fragen.

### 5.2.4 Regionale Aufteilung

Bei einer regionalen Aufteilung würde das Konzessionsgebiet Schweiz unter den beteiligten Konzessionärinnen aufgeschlüsselt.

Unter den geltenden umts-Konzessionen steht einer regionalen Aufteilung des Konzessionsgebietes durch die Konzessionärinnen grundsätzlich wenig entgegen. Jede Unternehmung würde einen gewissen Anteil des Gebietes zur Funkabdeckung beanspruchen, wobei jede Konzessionärin mindestens 20 Prozent zur Abdeckung beitragen müsste. Die bis

zum Jahre 2004 geforderte Deckung von 50 Prozent des Konzessionsgebietes müsste aber dennoch durch die Konzessionsbehörde entsprechend herabgesetzt werden. Hinsichtlich einer etwaigen Übertragung der Konzessionen stellen sich bei dieser Lösung keine Probleme, da jede Gesellschaft ihre Eigenständigkeit bewahrt und «Roaming» über andere Netze explizit zugelassen ist. Bezüglich der effektiven Realisierung – insbesondere der Zuteilung der verschiedenen Gebiete wie Randgebiete, Agglomerationen oder Kernzonen – kann im Rahmen dieser juristischen Untersuchung keine Aussage gemacht werden, da diese ökonomischen und wohl auch unternehmungspolitischen, praktischen Anforderungen unterliegt.

## 5.3 Öffentliche Realisierungsmodelle

### 5.3.1 Allgemeines

Ein anderer Lösungsansatz besteht in der Beteiligung am umts-Projekt durch den Bund. Der Staat würde hier im Sinne einer konstruktiven und wirtschaftsfördernden Regulierung zur Erreichung der Ziele des Fernmeldegesetzes und zur Sicherstellung der Netzinfrastruktur beitragen. Praktisch gesehen übernimmt der Staat den Aufbau und Unterhalt des Funkzugangnetzes und stellt den Konzessionärinnen die Funkfrequenzbenutzung zur Verbreitung ihrer Dienstleistungen entgeltlich zur Verfügung.

Als in diesem Zusammenhang sinnvolle Rechtsformen mit alleiniger staatlicher Trägerschaft bieten sich eine selbständige öffentlichrechtliche Anstalt oder eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft an. Voraussetzung für die Errichtung beider Rechtsformen ist eine gesetzliche Grundlage (TOBIAS JAAG,

Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, in: Tobias Jaag [Hrsg.], *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zürich 2000, S. 23 ff., S. 28 ff.), deren Verwirklichung zunächst auf der (politischen) Ebene der Legislative anzustreben wäre.

### 5.3.2 Öffentlichrechtliche Anstalt

Eine *öffentlichrechtliche Anstalt* ist «eine Verwaltungseinheit, zu der ein Bestand von Personen und Sachen durch Rechtssatz technisch und organisatorisch zusammengefasst ist und die für eine bestimmte Verwaltungsaufgabe dauernd den Anstaltsbenützern zur Verfügung steht» (HÄFELIN/MÜLLER [Ziffer 2.1.], Rz. 1042). Die Benutzer besitzen keine aktiven Mitwirkungsrechte. Der selbständigen öffentlichrechtlichen Anstalt kommt eine eigene Rechtspersönlichkeit zu; sie kann über ein eigenes Vermögen verfügen. Angewandt auf das «umts-Projekt», würden die Konzessionärinnen gegenüber der Anstalt als Benutzerinnen auftreten.

### 5.3.3 Spezialgesellschaftliche Aktiengesellschaft

Die Organisation einer *spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft* würde in einem (noch zu errichtenden) Spezialgesetz des Bundes und den jeweiligen Statuten geregelt. Daneben treten als Ergänzung die aktienrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechtes. Die Konzessionärinnen hätten diesfalls die «normale» Stellung von Nachfragerinnen von Dienstleistungen.

### 5.3.4 Gemeinsame Problemstellungen

Eine solche Vorgehensweise könnte zwei Konsequenzen nach sich ziehen: Einerseits sind die Konzessionen gegen die Entrichtung von Gebühren vergeben worden, da der Staat auf die Nutzung der Frequenzen als öffentliches Gut verzichtet hat. Als Gegenleistungen der Konzessionserteilung sind der Aufbau der Infrastruktur sowie die sich daraus ergebenden (lukrativen) Dienstleistungsangebote Teile der Verpflichtung geworden. Mithin stellten sie auch die Grundlage für die Berechnung der Vergabekonditionen, insbesondere des Minimalpreises, dar. Nimmt nun der Bund den Aufbau sowie sämtliche damit verbundenen Investitionen auf sich, stellt sich die Frage, ob der errechnete (und bezahlte) Minimalpreis nicht mehr den zu erbringenden Gegenleistungen entspricht und in der Folge angepasst werden müsste.

Andererseits würde sich auch eine Änderung der Konzessionen aufdrängen, da die Verpflichtung zum Infrastrukturaufbau entfielen.

Problematisch an dieser Lösung durch die öffentliche Hand erscheint die «Rückumwandlung» eines liberalisierten Marktes, welcher sich nicht nur auf Dienstleistungen beschränkt, in ein staatliches Monopol. Ausserdem unterliegt die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für das Tätigwerden des Bundes einem politischen, unter Umständen langwierigen Prozess, welcher eine sinnvolle wirtschaftliche Reaktion verunmöglichen könnte.

.....

## 5.4 Gemischtwirtschaftliche Unternehmung

.....

Bei einem Aufbau der Netzgesellschaft als gemischtwirtschaftliche Unternehmung beteiligen sich sowohl der Staat als auch die privaten Unternehmungen. In Frage käme hier die Gründung entweder einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft oder einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 ff. or (sr 220). Auch hier stellen sich dieselben Probleme wie unter einem rein staatlichen Aufbau: Insbesondere müsste sich der Staat auch hier für sein Tätigwerden aufgrund des Legalitätsprinzips auf eine gesetzliche Grundlage berufen können.



## 6 Zusammenfassende Schlussfolgerungen

- Das fmg enthält zur Frage, ob eine gemeinsame Erstellung und ein gemeinsamer Betrieb eines umts-Netzes zulässig sei, keine ausdrücklichen Bestimmungen. Ein Hinweis findet sich in Art. 36 Abs. 2 fmg, welcher besagt, dass Konzessionärinnen von Fernmeldediensten durch das bakom verpflichtet werden können, Dritten die Mitbenutzung ihrer Fernmeldeanlagen gegen ein angemessenes Entgelt zu gestatten, sofern ein öffentliches Interesse dies verlangt. Als öffentliche Interessen werden unter anderem der Landschafts- und Naturschutz angeführt. Wenn einer Behörde das Recht zusteht, eine derartige Mitbenutzung zu verlangen, kann eine freiwillige Zusammenarbeit, die von den gleichen Grundanliegen getragen ist, nicht unzulässig sein.
- Eine Interpretation des fmg unter den verschiedenen Auslegungsgesichtspunkten, seine Entstehungsgeschichte miteinbezogen, führt zum gleichen Ergebnis: Der Aufbau eines gemeinsamen Netzes im umts-Bereich ist vom fmg her gesehen grundsätzlich zulässig; ja es besteht unter Umständen sogar ein Recht auf Zusammenarbeit.
- Demgegenüber verpflichten die erteilten Konzessionen die Konzessionsinhaberinnen, in einem bestimmten Umfang umts-Dienste mit einer eigenen Netzinfrastruktur zu erbringen (Ziffer 3.3.3 der umts-Konzession) Nach Ziffer 3.3.4 gehören zur eigenen Infrastruktur die Netzelemente Node B, rnc und Switches, während die Antennen sowie deren Verbindungen zu Node B gemeinsam genutzt werden können.
- Durch diese Bestimmung ist es aber den Konzessionärinnen nicht verwehrt, eine Drittgesellschaft mit dem integralen *Netzaufbau* zu betrauen. Untersagt ist bloss eine gemeinsame Nutzung der je eigenen Netzelemente.
- Bei der Erstellung einer gemeinsamen Netzinfrastruktur würden nur die zwei Elemente Node B und rnc gemeinsam errichtet; dennoch müssten hierfür die Konzessionen entsprechend abgeändert werden.
- Die Konzession im Rechtssinne stellt nach herrschender Lehre und Praxis ein «komplexes» Rechtsverhältnis dar, welches Verfügungsmässige und vertragliche Elemente miteinander verbindet. Das fmg selbst sieht eine (einseitige) Änderung durch die Konzessionsbehörde in Art. 10 vor. Des Weiteren spielen aber auch die allgemeinen Regeln des Konzessionsrechtes sowie der Inhalt der Konzession selber eine Rolle.
- Art. 10 Abs. 1 fmg hält fest, dass eine einseitige Konzessionsanpassung erfolgen kann, wenn sich die rechtlichen oder die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben und ein öffentliches Interesse vorliegt. Im vorliegenden Fall wären nach den uns zur Verfügung stehenden Unterlagen die verlangten Voraussetzungen zur (einseitigen) Änderung der Konzession erfüllt.
- Stellen die Konzessionärinnen selber einen Antrag auf Änderung der Konzession, gelangen die allgemeinen Konzessionsregeln zur Anwendung. Die Art und Weise des Netzaufbaus ist gesetzlich nicht erfasst, sondern auf Konzessionsstufe geregelt. Deshalb gehört diese Frage zum vertraglichen Teil der Konzession und kann somit im gegenseitigen Einverständnis geändert werden.
- Zusätzlich sprechen gute Gründe dafür, dass sogar ein Rechtsanspruch auf Änderung der Konzessionen besteht. Nach Ziffer 3.3.3 der umts-Konzession kann die Versorgungspflicht abgeändert werden, «*wenn die Konzessionärin beweisen kann,*

*dass sie diese aus Gründen, die nicht in ihrem Einflussbereich liegen, nicht mehr erfüllen kann ...».* Juristisch gesehen deuten «Kann»-Formulierungen auf eine Ermessenssituation hin, was bedeutet, dass es der Behörde überlassen wird, ob (und welche) Massnahmen zu treffen sind. Nicht in jedem Fall lässt eingeräumtes Ermessen der Behörde jedoch einen Entscheidungsspielraum. Im vorliegenden Fall kann eine sogenannte «Ermessensschrumpfung» vorliegen, welche die Behörde – bei bestehender «Schuldlosigkeit» einer Schlecht- beziehungsweise Nichterfüllung durch die Konzessionärin – zur Änderung der Konzession verpflichtet.

- Was mögliche kartellrechtliche Einwände betrifft, so wird hier die Auffassung vertreten, dass das Kartellrecht im Infrastrukturbereich gar nicht zur Anwendung gelangt. Selbst wenn man dies bejahen sollte, wäre ein gemeinsamer Netzaufbau zulässig, da der eigentliche Wettbewerb im Dienstebereich nicht betroffen wäre.
- Die rechtliche Realisierung und Ausgestaltung einer Unternehmung für den Aufbau und Unterhalt eines Funkzugangsnetzes bietet eine Vielzahl von Varianten. Einerseits bieten sich privatwirtschaftliche Lösungen an, bei denen vor allem die Konzessionärinnen selbst beteiligt sind; andererseits könnte auch die öffentliche Hand den Aufbau und Unterhalt des Funkzugangsnetzes entweder alleine oder im Sinne einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung unter Beteiligung der Konzessionärinnen übernehmen.
- Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass nach geltender Rechtslage unter den vorstehend näher ausgeführten Bedingungen *alle oder mehrere umts-Konzessionärinnen ein gemeinsames umts-Netz bauen und betreiben können.*

