

Bundesamt für Kommunikation  
3003 Bern

Elektronisch an: [tp@bakom.admin.ch](mailto:tp@bakom.admin.ch)

15. März 2016

Niklaus Mäder, Direktwahl +41 62 825 25 28, [niklaus.maeder@strom.ch](mailto:niklaus.maeder@strom.ch)

## Stellungnahme zur Revision des Fernmeldegesetzes (FMG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) vertritt als Dachverband die Interessen der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft entlang der gesamten Wertschöpfungskette von der Produktion, über den Handel bis zur Übertragung und Endverteilung von Strom. Zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrags verfügt die Elektrizitätswirtschaft unter anderem über eine umfangreiche Netzinfrastruktur, welche mit der vorliegenden Revision des Fernmeldegesetzes als potenzielle Trägerstruktur zur Mitbenutzung für Kommunikationsnetze im Visier steht. Die Elektrizitätsunternehmen sind somit von der vorliegenden Revision direkt betroffen. Der VSE nimmt deshalb die Gelegenheit wahr, innert Frist zu den Vorschlägen Stellung zu nehmen. Gleichzeitig gibt er seinem Befremden Ausdruck, als Vertreter einer direkt betroffenen Branche nicht explizit begrüsst worden zu sein.

### 1. Verpflichtung auf Zugangsgewährung zu passiver Infrastruktur (Art. 36a bis 36c FMG)

Der VSE lehnt die mit Art. 36a bis 36c FMG vorgeschlagene Verpflichtung, bestehende Infrastruktur zur Mitbenutzung Dritter zu öffnen, ab. Ein derartiger Eingriff in verfassungsmässige Grundrechte lässt sich nicht rechtfertigen, es fehlt die erforderliche gesamtheitliche Interessenabwägung und die im erläuternden Bericht angeführten Überlegungen halten einer kritischen Überprüfung nicht stand:

#### Gefahr von negativen Folgen für die Stromversorgung und die Sicherheit

Die Verpflichtung auf Zugangsgewährung führt zu einer Priorisierung der Breitbandinfrastruktur gegenüber anderen Infrastrukturen und **verunmöglicht eine gesamtheitliche Abwägung der verschiedenen und mitunter gleich- oder höherrangigen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Interessen**. Sie steht damit im **Widerspruch zu den Anforderungen an eine sichere und effiziente Stromversorgung**. Die Planung von Elektrizitätsinfrastrukturen ist langfristiger Natur und beruht auf Annahmen über die Entwicklung von Strombedarf und -produktion. So werden etwa oftmals Leerrohre für einen zukünftigen Ausbau des Stromnetzes vorgehalten. Anerkennt die verfügende Behörde in einem Streitfall die entsprechenden An-

nahmen eines Netzbetreibers oder von ihm vorgebrachte Vorbehalte aus Gründen der betrieblichen Sicherheit oder der Personensicherheit nicht, so muss dieser seine passive physische Infrastruktur öffnen. Damit erhält der Ausbau der Breitbandinfrastruktur im Zweifelsfall Vorrang vor einer sicheren Stromversorgung. Ausserdem wird die Planbarkeit der Stromnetzinfrastuktur erschwert und die Gefahr von zusätzlichen Kosten geschaffen, wenn ursprünglich eingeplante Leerrohre zu einem späteren Zeitpunkt nicht für die Stromversorgung zur Verfügung stehen und teuer nachgebaut werden müssen.

Die Verpflichtung auf Zugangsgewährung wird ferner auch den Zielen der Energiestrategie 2050 nicht gerecht. Diese setzt zur Integration dezentraler und fluktuierender Stromproduktionsformen eine vorausschauende Weiterentwicklung der Stromnetzinfrastuktur voraus.

### **Fehlende Notwendigkeit einer erweiterten Zugangsgewährung**

Sowohl der erläuternde Bericht wie auch der Fernmeldebericht des Bundesrates vom 19. November 2014 bleiben eine schlüssige Begründung für den angeführten gesetzgeberischen Handlungsbedarf schuldig:

Die Schweiz nimmt eine internationale Spitzenposition bei Breitbanddiensten ein. Unter den OECD-Ländern weist sie die mit Abstand höchste Breitband-Durchdringung auf und unter den weltweit führenden Ländern verfügt sie seit fast drei Jahren über das grösste Wachstum. Auch bei der Verbindungsgeschwindigkeit belegt die Schweiz weltweit den vierten Rang (ComCom Jahresbericht 2014, S. 11/12). Dies bestätigt auch der Fernmeldebericht des Bundesrates, gemäss welchem die ausländischen Breitbandziele in der Schweiz allein gestützt auf die bestehenden Marktverhältnisse und ohne spezifische Fördermassnahmen oder sonstige staatliche Eingriffe erreicht werden können (Kapitel 3.2.2.1, Absatz 2). Eine Notwendigkeit für einen raschen und möglichst flächendeckenden Breitbandausbau kann somit nicht ausgemacht werden.

Eine rechtliche Verpflichtung auf Zugangsgewährung ist gemäss ökonomischer Theorie auf sogenannte «Essential Facilities» zu beschränken. Diese charakterisieren sich dadurch, dass: a) der Zutritt zu einem anderen Markt ohne Zugang zu dieser Einrichtung nicht möglich ist und b) es mit angemessenen Mitteln nicht möglich ist, diese Einrichtung zu duplizieren und mögliche Substitute fehlen. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. In der Schweiz bestehen zahlreiche Einrichtungen verschiedenster Branchen, welche als Trägerstruktur für Breitband genutzt werden können (Elektrizität, Telekommunikation, Kabelfernsehen, Wasser, Abwasser, etc.). Eine Essential Facility liegt daher nicht vor.

Der erläuternde Bericht führt unter anderem an, dass eine Duplizierung von Infrastrukturen im Falle hinreichend vorhandener Kapazitäten nicht im volkswirtschaftlichen Interesse sei (S. 16f.). Er führt jedoch keinerlei Hinweise oder gar Belege auf, dass die heutige Praxis freiwilliger Zugangsvereinbarungen unzureichend sei und dass Marktverzerrungen oder gar ein Marktversagen vorlägen. Eine gesetzliche Verpflichtung käme einer Überregulierung gleich. Sie würde eine effiziente und auf den Nutzen ausgerichtete Allokation und Abgeltung von Ressourcen verunmöglichen. Ferner lässt sie ausser Acht, dass die Infrastrukturanbieter ihre Bauarbeiten aus finanziellem Eigeninteresse bereits heute koordinieren.

### **Eingriff in die Vertragsfreiheit verletzt Art. 36 der Bundesverfassung**

Der erläuternde Bericht zeugt von einer auf das Fernmeldewesen ausgerichteten Sichtweise. Im Vordergrund stehen die Reduktion der Kosten für Fernmeldediensteanbieter und ein rascher Ausbau des Hochbreitbandnetzes (S. 17). Die mit dem Zugangsrecht einhergehenden Auswirkungen auf die betroffenen Anlageigentümer ausserhalb der Fernmeldeinfrastruktur werden dagegen mit keinem Wort erwähnt. Stattdessen

zeichnet der Bericht als Idealfall sogar eine «Art Wettlauf um die Nutzung von vorhandenen Kapazitäten in bestehenden Infrastrukturen» (S. 112). Solche Windhund-Verfahren führen jedoch kaum zu einer effizienten Allokation begrenzter Ressourcen.

Freiwillige bilaterale Vereinbarungen ermöglichen demgegenüber eine Preisbildung aufgrund des erwarteten Nutzens und bieten erhebliche Vorteile gegenüber einer pauschalen gesetzlichen Verpflichtung, indem sie auf den Einzelfall zugeschnittene Lösungen ermöglichen. Eine gesetzliche Verpflichtung stellt zudem einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, welche eine wesentliche Grundlage einer liberalen Marktordnung ist, wie sie die Schweiz kennt. Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, einschliesslich Vertragsfreiheit, kann grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV, dito bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage, also bei Vorliegen eines ausreichenden öffentlichen Interesses und unter Wahrung der Verhältnismässigkeit eingeschränkt werden. Ein ausreichendes öffentliches Interesse ist im vorliegenden Fall jedoch wie oben erläutert nicht ersichtlich. Zudem ist ein solches Vorgehen weder erforderlich noch zumutbar (mit Blick auf die sichere Stromversorgung), womit auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt ist. **Ein vorsorglicher staatlicher Eingriff in die Vertragsfreiheit ohne Vorliegen vorrangiger öffentlicher Interessen kann aus ordnungspolitischen Überlegungen keinesfalls gutgeheissen werden.**

### **Gefahr von Marktverzerrungen**

Ein Eingriff in die Vertragsfreiheit verzerrt den Markt und verursacht Folgekosten. Zu nennen sind der regulatorische Aufwand, insbesondere durch die weitgefasste Auskunftspflicht der Anlageneigentümer sowie die zusätzlichen behördlichen Verfahren. Zudem besteht die Gefahr, dass die Preise zu tief gesetzt werden und dass die Investitionsbereitschaft bezüglich physischer Infrastruktur aufgrund des staatlichen Eingriffs abnimmt. Insbesondere besteht das Risiko, dass ein regulierter Zugangspreis die effektiven Kosten – inklusive Folgekosten, wenn Leerrohre zu einem späteren Zeitpunkt für die Stromversorgung nicht zur Verfügung stehen – nicht vollständig abdeckt.

**Eine verpflichtende Zugangsgewährung zu passiver physischer Infrastruktur ist abzulehnen. Sie widerspricht den Anforderungen an eine sichere Stromversorgung und ist mangels ausreichender öffentlicher Interessen an einem verstärkten Ausbau der Breitbandinfrastruktur verfassungswidrig.**

#### **Antrag:**

Die Artikel 36a, 36b und 36c FMG sind zu streichen.

## **2. Störungen des Fernmeldeverkehrs (Art. 34 FMG sowie Art. 55 und 57 EleG)**

Gemäss erläuterndem Bericht (S. 73) wird beabsichtigt, eine solidere Rechtsgrundlage zu schaffen für Eingriffe des BAKOM bei widerrechtlichem Betrieb von elektrischen Geräten, welche den Fernmeldeverkehr stören. Die entsprechende Bestimmung des FMG, welche heute ausschliesslich auf Störungen durch Fernmeldeanlagen abzielt, soll zu diesem Zweck ausgeweitet werden. Im Unterschied zum erläuternden Bericht, welcher explizit von Geräten wie Haartrocknern oder Anzeigetafeln spricht, schliesst die vorgeschlagene Bestimmung in Art. 34 Abs. 1 und 2 jedoch alle elektrischen Anlagen ein. Das entsprechende Zugriffs- und Eingriffsrecht des BAKOM würde damit auf sämtliche, auch ortsfesten Anlagen der Strominfrastruktur an-

wendbar. Auch in diesem Fall besteht die oben erwähnte Gefahr, dass Fernmeldediensten ein höherer Stellenwert eingeräumt wird als der Stromversorgung. Eine allfällige Interessenabwägung bei der Anordnung von Massnahmen dürfte zudem nicht allein in die Entscheidkompetenz des BAKOM fallen. Unter dem oben genannten Gesichtspunkt einer sicheren Stromversorgung ist die vorgeschlagene Regelung jedoch grundsätzlich nicht sinnvoll und angemessen, weshalb sie abzulehnen ist.

**Antrag:**

Art. 34 Abs. 1 und 2 FMG ist gemäss geltendem Recht zu belassen.

Art. 55 Abs. 4 und Art. 57 Abs. 4 EleG sind gemäss geltendem Recht zu belassen.

**3. Strafmass bei Fahrlässigkeit (Art. 55 EleG)**

Mit Verweis auf entsprechende Bestimmungen im FMG wird vorgeschlagen, das Strafmass bei Fahrlässigkeit im EleG von 10'000 auf 50'000 Franken anzuheben. Gemäss dem erläuternden Bericht ist dabei insbesondere beabsichtigt, Störungen des Fernmeldeverkehrs zu verhindern, die durch elektrische Geräte und ortsfeste elektrische Anlagen verursacht werden können. Dabei wird übersehen, dass sich die vorgeschlagene Änderung von Art. 55 auf den gesamten Geltungsbereich des Elektrizitätsgesetzes auswirken würde.

Da die Revision auf den widerrechtlichen Betrieb von Geräten abzielt, für den das BAKOM zuständig ist, besteht für eine Ausweitung der Strafanhebung auf sämtliche elektrische Anlagen kein Anlass. Die Änderung von Art. 55 Abs. 2 EleG ist deshalb abzulehnen.

**Antrag:**

Artikel 55 Abs. 2 EleG ist gemäss geltendem Recht zu belassen.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse  
VSE / AES



Michael Frank  
Direktor



Stefan Muster  
Leiter Bereich Wirtschaft und Regulierung