

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Literaturverzeichnis	XXXI
Materialienverzeichnis.....	XLIII
Einleitung.....	1
1. Teil Grundlagen.....	7
§ 1 Entstehungsgeschichte der ComCom.....	9
§ 2 Fernmelderechtliche Rahmenordnung	15
§ 3 Gesetzliche Grundlage, Funktion und Aufgaben der ComCom.....	25
§ 4 Allgemein zur Organisationsform der unabhängigen Behördenkommission	29
§ 5 Zwischenergebnis.....	65
2. Teil Die ComCom als unabhängige Behördenkommission	69
§ 6 Stellung der ComCom im Verwaltungsgefüge	71
§ 7 Zusammensetzung der ComCom	99
§ 8 Organisatorisches.....	151
§ 9 Demokratische Rückbindung und Kontrolle	187
§ 10 Rechtsschutz	223
3. Teil Ausgewählte Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche aus organisationsrechtlicher Sicht	233
§ 11 Festlegung der Zugangsbedingungen.....	235

§ 12 Vergabe der Mobilfunkkonzessionen	251
§ 13 Kooperative und informelle Tätigkeiten	263
4. Teil Alternative Organisationsformen und Entwicklungsmöglichkeiten	279
§ 14 Öffentlich-rechtliche Anstalt als zu bevorzugende Organisationsform?	281
§ 15 Weitere organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheiten ohne Rechtspersönlichkeit	295
§ 16 Rückführung in die Bundeszentralverwaltung?	297
§ 17 Vermehrte Konsolidierung und Koordination	301
Schlussbetrachtung	305
Anhang I: Einsetzungsverfügung und Anforderungsprofil	315
Anhang II: Leistungsvereinbarung GS-UVEK-ComCom	321

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....V

InhaltsübersichtVII

Inhaltsverzeichnis IX

Abkürzungsverzeichnis..... XXI

Literaturverzeichnis XXXI

Materialienverzeichnis..... XLIII

Einleitung..... 1

I. Ausgangslage 1

II. Stand der Lehre und Forschungsbedarf..... 3

III. Zielsetzung und Gang der Untersuchung 4

1. Teil Grundlagen..... 7

§ 1 Entstehungsgeschichte der ComCom..... 9

I. Ausgangspunkt: Schrittweise Liberalisierung des Fernmeldewesens in der Schweiz.. 9

II. Auftrennung und Neuorganisation der staatlichen
Post- und Telekomunternehmung 12

III. Schaffung der ComCom als unabhängige Behördenkommission 13

§ 2 Fernmelderechtliche Rahmenordnung 15

I. Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung und Vorgaben im Fernmeldebereich..... 15

1. Fernmelderegal..... 15

2. Grundversorgungsauftrag..... 16

3. Keine fernmeldespezifischen Vorgaben zur Behördenstruktur 17

II. Völkerrechtliche Vorgaben 17

1. ITU 18

2. WTO/GATS..... 18

3. EU..... 19

4. Regulierungs- und Governance-Empfehlungen der OECD 20

III. Ziele und Grundzüge der Schweizer Fernmeldegesetzgebung..... 21

1. Anwendungsbereich des FMG 21

2. Regelungsziele 21

3. Ausführungsbestimmungen..... 22

§ 3	Gesetzliche Grundlage, Funktion und Aufgaben der ComCom.....	25
I.	Gesetzliche Grundlagen.....	25
II.	Funktion und Aufgaben	26
III.	Weitere Behörden mit Aufgaben im Fernmeldebereich.....	28
§ 4	Allgemein zur Organisationsform der unabhängigen Behördenkommission	29
I.	Behördenkommissionen im Schweizer Staats- und Verwaltungsrecht	29
1.	Überblick und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes.....	29
2.	Ursprünge und Entwicklung.....	31
3.	Organisationsmerkmale	33
a)	Mit Entscheidbefugnissen ausgestattete Kollegialbehörde	35
b)	Exekutivbehörde.....	36
c)	Keine eigene Rechtspersönlichkeit.....	36
d)	Mehr oder weniger ausgeprägte Unabhängigkeit von Bundesrat und Bundesverwaltung	37
e)	Prinzipiell kein Gericht.....	37
II.	Schwierige organisationsrechtliche Einordnung	40
1.	Unabhängige Behördenkommissionen als «dezentrale Verwaltungseinheiten»?	40
a)	Verfassungsrechtlicher Verwaltungsbegriff.....	42
b)	Einordnung nach der Bundesorganisationsgesetzgebung und deren Ausführungsbestimmungen	43
c)	Teilweise abweichende Einteilungs- und Gliederungsvorschläge der Lehre	45
d)	Rechtsfolgen der Zuordnung zur dezentralen Bundesverwaltung.....	46
e)	Würdigung.....	47
2.	Weitere Systematisierungsversuche: CG-Bericht des Bundesrates.....	49
a)	Auslagerungsbegriff und Aufgabentypologie des CG-Berichts	49
b)	Problematik	50
III.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und Rahmenbedingungen.....	51
1.	Grundsätzliche Zulässigkeit ausgelagerter Aufgabenerfüllung und dezentralisierter Verwaltungsstrukturen	51
2.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	53
a)	Formellgesetzliche Grundlage.....	53
b)	Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit	55
c)	Sicherstellung geeigneter Einwirkungs- und Aufsichtsstrukturen	57

d)	Sicherstellung des Rechtsschutzes und Respektierung der Grundrechte	58
IV.	Weitere mögliche Organisationsformen für verwaltungsunabhängige Wirtschaftsaufsichtsbehörden	58
V.	Allgemeine Probleme und Herausforderungen des «ausgelagerten Aufgabenvollzugs»	60
VI.	Rechtsvergleichende Betrachtung	62
§ 5	Zwischenergebnis	65
I.	Grundsätzliche Zulässigkeit der ComCom	65
II.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der ComCom	65
III.	Fazit	67
2. Teil	Die ComCom als unabhängige Behördenkommission	69
§ 6	Stellung der ComCom im Verwaltungsgefüge	71
I.	ComCom als dezentrale Verwaltungseinheit	71
II.	Zum Unabhängigkeitskonzept der ComCom	71
1.	Einleitende Bemerkungen zum Begriff der «Verwaltungsunabhängigkeit» ...	71
2.	Wortlaut von Art. 56 Abs. 2 FMG	73
3.	Verwaltungsunabhängigkeit im Sinne von Weisungsungebundenheit	75
III.	Motive für die (teilweise) Herauslösung aus der Verwaltungshierarchie	77
1.	Entschärfung der Doppelrollenproblematik als primärer Rechtfertigungsgrund	77
2.	Völkerrechtliche Verpflichtung zur Einrichtung einer verwaltungsunabhängigen Regulierungsbehörde im Fernmeldebereich?	79
3.	Allgemeine «Entpolitisierung» der Entscheidungsfindung	81
4.	Einbezug von (externem) Sachverstand	82
5.	Ermöglichung kollegialer Strukturen	83
6.	Effizienz und Flexibilität?	83
7.	Würdigung	84
8.	Ausblick: Konsequenzen einer allfälligen Aufgabe der Mehrheitsbeteiligung an der Swisscom AG für den Auslagerungsentscheid	85
IV.	Qualifikation der Verwaltungsunabhängigkeit der ComCom und daraus fließende verfassungsrechtliche Implikationen	86
1.	ComCom als Verwaltungs- und nicht als richterliche Behörde	86
2.	Verfassungsrechtliche Implikationen	87

V.	Spezialgesetzlich statuerter Unabhängigkeitsgrundsatz gegenüber den Verwalteten als notwendige Kehrseite?.....	89
1.	Ausgangslage	89
2.	Regelung im Fernmeldegesetz	91
3.	Würdigung.....	92
VI.	Keine eigene Rechtspersönlichkeit.....	92
VII.	Administrative Zuordnung und organisatorische Unterstützung durch das GS-UVEK.....	94
1.	Administrative Zuordnung	94
2.	Organisatorische Unterstützung durch das GS-UVEK	95
VIII.	Fazit.....	97
§ 7	Zusammensetzung der ComCom	99
I.	Überblick über die Zusammensetzung der ComCom.....	99
II.	Zur Ausgestaltung als Kollegialbehörde	100
1.	Kollegiale Strukturen als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme im hierarchisch-monokratischen Ministerial-Modell	101
2.	Gründe für die Schaffung einer Kollegialbehörde	101
3.	Nachteile der kollegialen Struktur.....	102
4.	Würdigung.....	103
III.	Grösse der ComCom	104
IV.	Bundesrat als Wahlbehörde	105
V.	Wählbarkeitsvoraussetzungen und Unvereinbarkeiten.....	106
1.	«Unabhängige Sachverständige» im Sinne von Art. 56 Abs. 1 FMG	107
a)	Behördenvergleich.....	107
b)	Zur Teilkomponente «Sachverstand» im Besonderen	108
c)	Zur Teilkomponente «Unabhängigkeit» im Besonderen.....	109
d)	Konkretisierung der Vorgaben in der Einsetzungsverfügung und im Anforderungsprofil	110
e)	Würdigung.....	112
2.	Weitere Vorgaben der allgemeinen Organisationsgesetzgebung.....	113
3.	Zu den Unvereinbarkeitsvorschriften im Besonderen.....	114
a)	Begriff, Motive, Wirkung und Abgrenzung.....	114
b)	Einschlägige Unvereinbarkeitsvorschriften für die Mitglieder der ComCom	116
c)	Behördenvergleich.....	118
d)	Würdigung.....	119

4.	Handhabung in der Praxis	121
5.	Fazit	122
VI.	Wahlverfahren	123
1.	Zur Bedeutung des Wahlverfahrens	123
2.	Fehlende Vorgaben für das Verfahren zur Wahl der ComCom-Mitglieder	125
3.	Keine gerichtliche Überprüfung des Wahlverfahrens	126
4.	Würdigung	127
VII.	Stellung der Kommissionsmitglieder	130
1.	Wahl auf Amtsdauer	130
2.	Ausübung der Amtstätigkeit im Nebenamt	132
a)	ComCom als Milizbehörde	132
b)	Behörden- und Rechtsvergleich	133
c)	Gründe für die Ausgestaltung als Milizbehörde	134
d)	Problemfelder	136
e)	Fazit	137
3.	Entschädigung	137
4.	Amtspflichten	138
5.	Im Übrigen: unklare (personal-)rechtliche Stellung der ComCom-Mitglieder	139
6.	Verantwortlichkeit	141
VIII.	Beendigung der Amtstätigkeit	142
1.	Nichtwiederwahl bzw. Abwahl	143
a)	Grundsätzliche Zulässigkeit einer Abwahl	143
b)	Rahmenbedingungen?	143
c)	Rechtsschutz?	144
2.	Abberufung während der Amtsdauer	146
a)	Abberufung von ComCom-Mitgliedern gesetzlich nicht vorgesehen	146
b)	Behördenvergleich und Regelung im BPG: Möglichkeit einer Abberufung als Regelfall	146
c)	Zur Zulässigkeit einer Abberufung de lege lata	147
d)	De lege ferenda: Notwendigkeit einer expliziten Regelung durch den Gesetzgeber	148
3.	Rücktritt	149
IX.	Fazit	149

§ 8 Organisatorisches.....	151
I. Innere Organisation, Verfahren, Beschlussfassung und Ausstand	151
1. Zur Regelung der inneren Organisation und Geschäftsführung im Geschäftsreglement	151
2. Kommissionssitzungen und Zirkulation.....	152
3. Beschlussfassung.....	153
4. Öffentlichkeit.....	154
5. Bildung von Ausschüssen.....	155
6. Beizug von (externen) Fachleuten.....	155
7. Anwendbares Verfahrensrecht.....	156
8. Ausstand im Besonderen	157
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben	157
b) Ausstandsgründe.....	158
c) Verfahren	158
d) Insbesondere: verspätetes Vorbringen in der Praxis.....	159
9. Fazit.....	160
II. Sekretariat der ComCom	160
1. Überblick über Funktion und Aufgaben.....	160
2. Vergleich mit den Fachsekretariaten anderer Behördenkommissionen	161
3. Würdigung.....	162
III. Zur Rolle des BAKOM im Besonderen	163
1. Überblick und gesetzliche Grundlage	163
2. Tätigkeiten des BAKOM für und auf Weisung der ComCom	163
3. Weitere Aufgaben des BAKOM im Fernmeldebereich.....	165
4. Gründe für die Doppelrolle des BAKOM.....	166
a) BAKOM als Schnittstelle zwischen Fernmelde- und Rundfunkwesen	166
b) Effiziente und kostengünstige Behördenorganisation	167
c) Allgemeine Koordination.....	168
d) Bindung von Fach- und Praxiswissen in der Bundeszentralverwaltung	168
5. Problembereiche.....	169
a) Relativierung der unabhängigen Aufgabenerfüllung durch die ComCom.....	169
b) Vice versa: Einfluss der ComCom auf Aufgaben der Bundeszentralverwaltung via BAKOM	171

c)	Teilweise fehlende bzw. nicht stufengerechte Normierung der Aufgaben und Kompetenzen	172
6.	Alternativen?	174
a)	Eigenes Fachsekretariat analog zu den anderen Behördenkommissionen	174
b)	Schaffung einer Einheitsbehörde für den Fernmelde- und Medienbereich	175
7.	Würdigung.....	176
IV.	Finanzierung und Haushaltsführung	178
1.	Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Haushaltsführung	178
2.	Finanzierung und Haushaltsführung der ComCom.....	178
a)	Finanzierungsquellen.....	178
b)	Finanzhaushalt und Budgetprozess	179
3.	Behördenvergleich.....	181
a)	Behördenkommissionen	181
b)	Aufsichtsanstalten.....	182
4.	Würdigung.....	183
V.	Haftung	185
§ 9	Demokratische Rückbindung und Kontrolle	187
I.	Hinreichende demokratische Rückbindung als verfassungsrechtliches Gebot	187
II.	Aufgabenteilung und Regelungsbefugnisse	188
1.	Bundesversammlung	189
2.	Bundesrat	190
3.	ComCom	191
4.	Fazit.....	192
III.	Bundesrätliche Aufsicht.....	193
1.	Ausgangspunkt: allgemeine Leitungs- und Aufsichtsverantwortung des Bundesrates	193
2.	Aufsicht über die ComCom als weisungsungebundene Verwaltungseinheit «nach Massgabe der besonderen Bestimmungen».....	193
3.	Zum Konzept der bundesrätlichen Aufsicht im FMG.....	195
a)	Aufsicht des Bundesrates als «administrative Aufsicht über die Geschäftsführung der Kommission»	195
b)	Vergleichbarkeit mit der Administrativaufsicht über die Justiz.....	197
c)	Wenig einschlägiges Aufsichtskonzept des CG-Berichts.....	198
4.	Kriterien der Aufsicht.....	199

5.	Im FMG explizit vorgesehene Aufsichts- und weitere Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates.....	199
a)	Jährliche Berichterstattung	199
b)	Genehmigung des Geschäftsreglements.....	200
c)	Wahl der Kommissionsmitglieder und des Präsidiums	201
d)	Koordinationspflicht im Bereich der internationalen Tätigkeiten?	202
e)	Nicht zuletzt: Erlass und Anpassung von Verordnungen sowie Initiierung von Gesetzesänderungen	203
6.	Beschränkung der bundesrätlichen Aufsicht auf die explizit (spezial-)gesetzlich verankerten Aufsichtsinstrumente?	204
a)	Allgemeine Informationsrechte	205
b)	Empfehlungen.....	206
c)	Weitergehende Weisungs- und Eintrittsrechte in Ausnahmefällen?	207
7.	Fehlende «strategische Steuerung»?	209
a)	Überblick und Behördenvergleich.....	209
b)	De lege lata: strategische Zielsetzung für ComCom nicht vorgesehen	211
c)	De lege ferenda: Einführung strategischer Ziele für die ComCom?	211
IV.	Parlamentarische Oberaufsicht	213
1.	Rechtliche Grundlagen und Grundzüge	213
2.	Verhältnis zur bundesrätlichen Aufsicht.....	214
3.	Reichweite und Grenzen der parlamentarischen Oberaufsicht über die ComCom	216
a)	Ausgangspunkt: fehlende spezialgesetzliche Regelung zur parlamentarischen Oberaufsicht im FMG	216
b)	Reichweite der parlamentarischen Oberaufsicht vor dem Hintergrund dieses Befundes.....	217
4.	Modalitäten.....	218
a)	Zeitpunkt.....	218
b)	Bindung an die Beurteilung des Bundesrates hinsichtlich des Umfangs seiner Mitwirkung und Aufsicht?	219
c)	Direkter Verkehr mit der ComCom	219
V.	Weitere Kontrollinstanzen	220
1.	Richterliche Verwaltungskontrolle	220
2.	Finanzaufsicht durch die EFK	220
3.	Kontrolle durch die Öffentlichkeit	221
VI.	Fazit.....	221

§ 10 Rechtsschutz	223
I. Verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Vorgaben	223
II. Überblick über den Rechtsschutz gegen Verfügungen der ComCom	224
1. Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht	224
2. Beschwerde ans Bundesgericht nur in Randbereichen	225
3. ComCom ohne eigenes Beschwerderecht	226
4. Zuständigkeit der Zivilgerichte für Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus Verfügungen über den Zugang	228
III. Würdigung	228
1. Allgemein zur Recht- und Zweckmässigkeit des Rechtsschutzsystems	228
2. Insbesondere: unzweckmässige gerichtliche Angemessenheitskontrolle	229
3. Notwendigkeit einer höchstgerichtlichen Rechtskontrolle zumindest in Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung	231
4. Notwendigkeit eines spezialgesetzlichen Beschwerderechts für die ComCom	231
IV. Fazit	232
 3. Teil Ausgewählte Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche aus organisationsrechtlicher Sicht	 233
 § 11 Festlegung der Zugangsbedingungen.....	235
I. Allgemein zur Verfügung des Netzzugangs durch die ComCom.....	235
1. Zur Zugangsregulierung im FMG	235
2. Verfügung des Netzzugangs durch die ComCom	237
3. Verfahren	239
II. Institutionelle bzw. organisationsrechtliche Aspekte	241
1. Festlegung des Netzzugangs als Kernaufgabe der ComCom.....	241
2. Zivilgerichte als Alternative?	243
3. Zur Rolle der WEKO im Zugangsverfahren	244
a) Überblick	244
b) Würdigung.....	245
4. Im Übrigen: grundsätzlich stufengerechte Normierung.....	247
III. Fazit.....	248
IV. Ausblick	248
 § 12 Vergabe der Mobilfunkkonzessionen	251
I. Einleitende Bemerkungen zur ComCom als Konzessionsbehörde	251

II.	Überblick über die Regelung im FMG und in den Ausführungsbestimmungen.....	252
1.	Zur Vergabe von Funkkonzessionen durch die ComCom.....	252
2.	Vergabeverfahren.....	253
3.	Übertragung der Konzession, Zusammenarbeit zwischen Konzessionärinnen sowie Änderung und Widerruf der Konzession.....	254
III.	Einige Problempunkte aus organisationsrechtlicher Sicht.....	256
1.	Erhebliche politische Brisanz der Konzessionsvergabe	256
2.	Gleichzeitig erheblicher Beurteilungsspielraum der ComCom und verminderte Steuerbarkeit im Rahmen allgemein-abstrakter Vorgaben	257
3.	Zudem erhöhter politischer Koordinations- und Steuerungsbedarf	258
4.	Notwendigkeit einer stärkeren politischen Rückbindung und Steuerung?	259
IV.	Fazit.....	261
§ 13 Kooperative und informelle Tätigkeiten		263
I.	Informelle Tätigkeiten der ComCom	263
1.	Informationstätigkeit	263
2.	Vermittlungstätigkeit	264
3.	Würdigung.....	265
II.	Koordination und Kooperation mit anderen Behörden und Fachstellen	266
1.	Zur zentralen Bedeutung «horizontaler Koordination» bei weisungsungebundenen Verwaltungseinheiten	266
2.	Allgemeine Bestimmungen zur Koordination und Amtshilfe	267
3.	Koordination zwischen der ComCom und der WEKO.....	267
a)	Ausgangslage: «parallele» Zuständigkeit der WEKO in den Fernmeldemärkten.....	267
b)	Schnittstellen zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischem Fernmelderecht	269
c)	Institutionalisierte Kooperation zwischen ComCom und WEKO in den Verfahren vor der ComCom.....	271
d)	Vice versa: Keine expliziten Koordinations-, Konsultations- und Informationspflichten der WEKO zugunsten der ComCom.....	273
e)	Würdigung.....	273
4.	Koordination zwischen der ComCom und dem Preisüberwacher	275
5.	Koordination zwischen der ComCom und weiteren sektorspezifischen Behördenkommissionen im Infrastrukturbereich.....	276
III.	Koordination und Kooperation auf internationaler Ebene.....	277

4. Teil Alternative Organisationsformen und Entwicklungsmöglichkeiten	279
§ 14 Öffentlich-rechtliche Anstalt als zu bevorzugende Organisationsform?	281
I. Zur Evolution des Organisationstypus der öffentlich-rechtlichen Anstalt.....	281
II. Öffentlich-rechtliche Anstalt als primäre Organisationsform für Wirtschafts- und Sicherheitsaufsichtsbehörden?	283
III. Gründe für die Bevorzugung der Anstaltsform.....	285
IV. Tatsächliche und vermeintliche Unterschiede zwischen «Aufsichtskommission» und «Aufsichtsanstalt».....	286
1. Eigene Rechtspersönlichkeit und unabhängige Aufgabenerfüllung	286
2. Organisatorische, personelle und finanzielle Unabhängigkeit	288
3. Struktur, Organe und Verfügungsbefugnis	291
4. Würdigung mit Blick auf die ComCom	292
V. Fazit.....	294
§ 15 Weitere organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheiten ohne Rechtspersönlichkeit	295
§ 16 Rückführung in die Bundeszentralverwaltung?	297
I. Ausgangslage	297
II. Möglichkeit einer Rückübertragung.....	297
III. Rückübertragung und Eignermodell	298
§ 17 Vermehrte Konsolidierung und Koordination.....	301
I. Durch Schaffung einer sektorenübergreifenden integrierten Regulierungsbehörde...	301
II. Durch Zusammenlegung der Fachsekretariate.....	302
Schlussbetrachtung.....	305
I. Zusammenfassung der Erkenntnisse	305
II. Ausblick	310
III. Schlusswort	312
Anhang I: Einsetzungsverfügung und Anforderungsprofil	315
Anhang II: Leistungsvereinbarung GS-UVEK-ComCom	321