

Postfach, CH-8021 Zürich

Einschreiben

asut

Schweizerischer Verband
der Telekommunikation
Herr Christian Grasser
Hirschengraben 8
3011 Bern

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5312716

Zürich, 30. Januar 2024

Rechtsgutachten

**im Zusammenhang mit dem Schutz der Mobilfunknetze vor Stromausfällen und
Strommangellagen**

von Prof. Dr. iur. Isabelle Häner

Rechtsanwältin

Inhalt

I.	SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG	4
A.	Sachverhalt	4
B.	Fragestellung	10
II.	Literatur, Gesetze, Materialien	12
A.	Literatur	12
B.	Gesetze	13
C.	Materialien	14
III.	Rechtliches	14
1.	Art. 48a Abs. 2 FMG als Delegationsnorm	14
1.1	Voraussetzungen der Gesetzesdelegation	14
1.2	Art. 48a Abs. 2 FMG als Delegationsnorm – Tragweite	21
1.3	Zwischenfazit	26
2.	Geltungsbereich von Art. 48a FMG – Auslegung.....	27
2.1	Vorbemerkungen.....	27
2.2	Die grammatikalische Auslegung	28
2.3	Die systematische Auslegung	29
2.4	Die historische Auslegung	31
2.5	Die teleologische Auslegung	42
3.	Fazit der Gesetzesauslegung.....	44
4.	Würdigung der Massnahmen- und Kostentragungspflicht aus grundrechtlichen Gesichtspunkten	45
4.1	Vorbemerkungen.....	45
4.2	Eigentumsgarantie (Art. 26 BV).....	46
4.2.1	Geltungsbereich bei wohlerworbenen Rechten	46
4.2.2	Vorbehalt der Rechtsänderung in der Konzession.....	50
4.2.3	Einschränkungen der wohlerworbenen Rechte	52
4.2.4	Frage der Entschädigung	54

IV.	Zusammenfassung und Beantwortung der Gutachtensfragen.....	56
A.	Zusammenfassung.....	56
B.	Beantwortung der Gutachtensfragen	59

I. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

A. Sachverhalt

1 In seiner Sitzung vom 6. September 2017 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Teilrevision des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10)¹. Am 22. März 2019 verabschiedeten die Eidgenössischen Räte den Schlussabstimmungstext zur Änderung des Fernmeldegesetzes.² Am 1. Januar 2021 trat das revidierte Fernmeldegesetz³ in Kraft. Dieses sieht den revidierten Artikel 48a FMG mit der Überschrift «**Sicherheit**» vor, welcher die Kompetenzen des Bundesrates im Bereich der Sicherheit von Informationen und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten erweitert und wie folgt lautet:

«¹Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten bekämpfen die unbefugte Manipulation von Fernmeldeanlagen durch fernmeldetechnische Übertragungen. Sie sind berechtigt, zum Schutz der Anlagen Verbindungen umzuleiten oder zu verhindern sowie Informationen zu unterdrücken.

²Zum Schutz vor Gefahren, zur Vermeidung von Schäden und zur Minimierung von Risiken kann der Bundesrat Bestimmungen über die Sicherheit von Informationen und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten erlassen, insbesondere bezüglich:

- a. Verfügbarkeit;*
- b. Betrieb;*
- c. Sicherstellung von redundanten Infrastrukturen;*
- d. Meldung von Störungen;*
- e. Nachvollziehbarkeit von Vorgängen;*
- f. Umleitung oder Verhinderung von Verbindungen sowie Unterdrückung von Informationen nach Absatz 1.»*

¹ BBl 2017 6559.

² BBl 2019 2619.

³ AS 2020 6159.

- 2 Im November 2020, somit nach der Verabschiedung von Art. 48a FMG durch die eidgenössischen Räte, schloss das Bundesamt für Bevölkerungsschutz («**BABS**») die dritte Auflage seiner nationalen Risikoanalyse «Katastrophen und Notlagen Schweiz» (KNS)⁴ ab.⁵ Die Risikoanalyse ist ein wichtiges Arbeitsinstrument für die Politik, den Bund und die Kantone. Die Analyse identifizierte eine langandauernde Strommangellage im Winter, eine Influenza-Pandemie sowie einen Ausfall des Mobilfunks als die drei grössten Risiken. Alle drei Gefährdungen würden gemäss BABS hohes Schadenpotenzial bei gleichzeitig relativ hoher Eintrittswahrscheinlichkeit bergen. Der Ausfall des Telekommunikationsnetzes stelle dabei ein gewichtiger Nebeneffekt einer Strommangellage dar.
- 3 In der Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. Dezember 2020 «Besserer Schutz der Mobilfunknetze vor Stromausfällen»⁶ kündigte der Bundesrat erstmalig die sogenannte Härtung der Mobilfunknetze an. Angesichts des Risikos der Stromversorgungskrise, wie es auch aus der nationalen Risikoanalyse «Katastrophen und Notlagen Schweiz» des BABS hervorgeht⁷, müssten die Netzbetreiberinnen künftig zusätzliche Massnahmen ergreifen, damit die Bevölkerung und die Wirtschaft die besonders wichtigen mobilen Telekommunikationsdienste auch bei einer Stromversorgungskrise weiterhin nutzen könnten. Längerfristig solle eine landesweite Versorgung mit mobilen Sprach- und Datendiensten auch im Falle einer Stromversorgungskrise gewährleistet sein. In diesem Zusammenhang wurde das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation («**UVEK**») vom Bundesrat beauftragt, bis Ende 2021 eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage zu unterbreiten.
- 4 Im Schreiben des Schweizerischen Verbands der Telekommunikation («**asut**») vom 4. Februar 2021 an das BAKOM schilderte dieser seine Bedenken betreffend die Ausführungen des Bundesrates zu den vorgesehenen Härtungsmassnahmen und deren Kostenfolgen für die Mobilfunkkonzessionärinnen in seiner

⁴ Bundesamt für Bevölkerungsschutz BABS, Bericht zur nationalen Risikoanalyse, Katastrophen und Notlagen Schweiz 2020, November 2020, <https://www.babs.admin.ch/de/aufgabenbabs/gefahrd Risiken/natgefahrdanalyse.html> [zuletzt besucht: 18. Dezember 2023].

⁵ Siehe Medienmitteilung des Bundesrates vom 26. November 2020, Bevölkerungsschutz: Strommangellage, Pandemie und Ausfall Mobilfunk als grösste Risiken, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81359.html> [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023].

⁶ Medienmitteilung vom Bundesrat vom 4. Dezember 2020, Besserer Schutz der Mobilfunknetze vor Stromausfällen, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-81445.html> [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023].

⁷ Siehe oben, Rz. 2.

Medienmitteilung vom 4. Dezember 2020. Der asut wies darauf hin, dass zurzeit kein umsetzbares Konzept für den besseren Schutz der Mobilfunknetze vor Stromausfällen vorliege. Ausserdem seien sowohl die Kosten-Nutzen-Abschätzung wie auch die Grössenordnung der vom Bundesrat genannten Zahlen aus Sicht der Telekombranche unvollständig und würden ein verzerrtes Bild abgeben. Ferner sehe asut gewichtige Vorbehalte betreffend die Kostenübernahmepflicht der Mobilfunkkonzessionärinnen.

5 Das BAKOM reagierte mit Schreiben vom 18. Februar 2021 auf die Stellungnahme der asut vom 4. Februar 2021. Es erläuterte, wie die Kosten-Nutzungs-Analyse zustande kam und welche weiteren Schritte ergriffen werden sollen. Des Weiteren führte es aus, dass die Prüfung der rechtlichen Grundlagen ein Kernelement des Rechtssetzungsverfahrens darstelle und das BAKOM bestrebt sei, die rechtlichen Anforderungen an die Netzbetreiber so zu gestalten, dass sie sich möglichst gut umsetzen lassen. Zudem gab das BAKOM die Offenlegung des Berichts zur Härtung der Mobilfunknetze⁸ bekannt.

6 Bereits mit Beschluss vom 7. Dezember 2018 hatte der Bundesrat das UVEK in Zusammenarbeit mit dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung («**WBF**») und dem Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport («**VBS**») beauftragt, unter Einbezug des Fernmeldedienstsektors, die Härtung der Mobilfunknetze durch Notstromversorgungen bei den Fernmeldeanlagen zu prüfen. Dieser Bericht des BAKOM «Strommangellage, Härtung der Mobilfunknetze»⁹ wurde im August 2021 dann auch publiziert. Inhalt des Berichts war die Prüfung von Möglichkeiten, wie die Bevölkerung und die Wirtschaft in einer Strommangellage weiterhin wichtige Fernmeldedienste wie Notrufe, Datendienste, Telefonie sowie Radio- und Fernsehprogramme nutzen können. Gemäss dem Bericht zeige die Analyse, dass die Mobilfunknetze mit einem vergleichsweise günstigen Kosten-Nutzen-Verhältnis gegen den Ausfall bei einer Strommangellage oder bei längerem Stromunter-

⁸ Siehe nachfolgend, Rz. 6.

⁹ Bericht des Bundesamts für Kommunikation BAKOM vom August 2021, Strommangellage, Härtung der Mobilfunknetze, Öffentliche Ausgabe, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/studien/sicherstellung-der-telekommunikation-bei-strommangellagen.html> [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023].

bruch gehärtet werden könnten. Dazu müssten die Netzbetreiberinnen ihre Sendeanlagen neu mit Notstromerzeugern (sogenannten Dieselaggregaten) aufrüsten. Das revidierte Fernmeldegesetz würde dabei in Art. 48a Abs. 2 eine gesetzliche Grundlage für die Einführung von Massnahmen zur Härtung der Mobilfunknetze bilden. Das Fernmeldegesetz würde jedoch keine Grundlage für eine Kostenbeteiligung des Bundes an die notwendigen Investitionen bieten.¹⁰

- 7 Am 1. November 2023 eröffnete der Bundesrat sodann die Vernehmlassung zum Entwurf der Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 784.101.1)¹¹, die bis zum 16. Februar 2024 dauert. Die Vorlage zur Änderung der Fernmeldeverordnung enthalte gemäss Bundesrat neue Bestimmungen zur Erhöhung der Verfügbarkeit der Mobilfunknetze und -dienste bei Störungen der Stromversorgung. Die Normen würden die betreffenden Störungen der Stromversorgung beschreiben und festlegen, welche Fernmeldedienste zu erbringen sind, sowie deren geografische und zeitliche Verfügbarkeit bestimmen. Sie schaffe zudem eine Berichterstattungspflicht über die Umsetzung der Massnahmen und regle ein mögliches Audit zur Kontrolle der Vorbereitungen.
- 8 In der gleichentags veröffentlichten Medienmitteilung des Bundesrats vom 1. November 2023¹² verlautete der Bundesrat, dass die Mobilfunkkonzessionärinnen zukünftig Vorkehrungen treffen müssten, damit die Bevölkerung und die Unternehmen die Mobilfunknetze auch bei Störungen der Stromversorgung weiter nutzen könnten. Die drei in der Schweiz tätigen Mobilfunkkonzessionärinnen müssten daher an zentralen Standorten sowie an den Sendeanlagen eine Notstromversorgung installieren. Gemäss den vorgesehenen Übergangsbestimmungen hätten die Mobilfunkkonzessionärinnen fünf Jahre Zeit, um die Massnahmen zur Gewährleistung der Notrufdienste umzusetzen und drei weitere Jahre zur Sicherstellung des Zugangs zum öffentlichen Telefondienst und zum Internet. Die Mobilfunkkonzessionärinnen könnten dabei die Massnahmen zur Erreichung der in

¹⁰ Bericht des Bundesamts für Kommunikation BAKOM vom August 2021, Strommangellage, Härtung der Mobilfunknetze, Öffentliche Ausgabe, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/studien/sicherstellung-der-telekommunikation-bei-strommangellagen.html> [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023], S. 2 und 15 f.

¹¹ Vernehmlassung über Massnahmen zur Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung, 1. November 2023, https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/vernehmlassungen/vernehmlassung_haertung_mobilfunknetze.html [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023].

¹² Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. November 2023, Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-98399.html> [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023].

der Fernmeldeverordnung definierten Ziele frei wählen. Die Kosten der Härtung ihres Mobilfunknetzes müssten sie jedoch selber tragen. Gemäss einer Reguliervorgangabschätzung würden sich die jährlichen Kosten für die drei Unternehmen auf rund 150 Millionen Franken belaufen.

- 9 Der Vorentwurf der Fernmeldeverordnung¹³ enthält, soweit hier interessierend, unter anderem den Art. 96h FDV, der wie folgt lautet:

«¹Die Mobilfunkkonzessionärinnen müssen die erforderlichen Massnahmen treffen, damit sie bei einer Störung der Stromversorgung die Fernmeldedienste nach Artikel 94a Absatz 2 sowie den Zugangsdienst zum Internet, soweit sie diesen nicht nach Artikel 94a einschränken dürfen, erbringen können.

²Die Dienste müssen in den folgenden Szenarien gewährleistet sein:

a. bei Netzabschaltungen aufgrund einer Strommangellage, sofern die Abschaltung jeweils höchstens 4 Stunden ohne Strom, gefolgt von mindestens 8 Stunden mit Strom an 14 aufeinanderfolgenden Tagen beträgt;

b. bei Stromausfällen von bis zu 72 Stunden, die nicht mehr als 1.5 Millionen Personen betreffen, gefolgt von einer mindestens gleich langen Phase mit Strom.

Sie sind in jeder Gemeinde für mindestens 99 Prozent der Kundinnen und Kunden, deren Vertragsadresse im Gebiet der Gemeinde liegt, zu gewährleisten; pro Kalendertag sind Ausfälle von insgesamt höchstens 15 Minuten zulässig.»

- 10 Was die Kosten der vom Bundesrat vorgesehenen Massnahmen zur Härtung der Mobilfunkanlagen anbelangt, ist Folgendes in Betracht zu ziehen: Damit der Betrieb der Mobilfunknetze bei Störungen der Stromversorgung durch die Mobilfunkkonzessionärinnen aufrechterhalten werden kann, sind gemäss Bundes-

¹³ Vorentwurf FDV, https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/vernehmlassungen/vernehmlassung_haertung_mobilfunknetze.html [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023].

rat umfassende Investitionen notwendig. Eine bundesinterne Analyse im Bericht des BAKOM zur Strommangellage aus dem Jahr 2020¹⁴ hat die Zusatzkosten für die drei Mobilfunkkonzessionärinnen auf ca. CHF 40-90 Millionen pro Jahr eingestuft. In der Folge wurde eine externe Regulierungsfolgenabschätzung (RFA)¹⁵ bei den Firmen AWK und INFRAS in Auftrag gegeben. Im Rahmen dieser zwischen Juli 2021 und Juni 2022 durchgeführten RFA wurden die Kosten der Härtung der Mobilfunknetze neu geschätzt. Grundlage dieser Kostenabschätzung – wie im Übrigen auch der im Zuge der Revision des FDV beschlossenen Massnahmen des Bundesrates – ist die nationale Risikoanalyse des BABS aus dem Jahr 2020.¹⁶ Gemäss der Regulierungsfolgenabschätzung belaufen sich die jährlichen Kosten für die Mobilkonzessionärin laut Medienmitteilung vom 1. November 2023 auf rund 150 Millionen Franken.¹⁷

- 11 Wer das Funkfrequenzspektrum zur Erbringung von Fernmeldediensten nutzen will, benötigt eine Konzession. Diese wird von der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom («**ComCom**») erteilt (Art. 22a Abs. 1 FMG). Im Februar 2012 wurden sämtliche Mobilfunkfrequenzen für den Schweizer Mobilfunkmarkt an die Orange Communications SA [heute Salt Mobile SA («**Salt**»)], Sunrise Communications AG [heute Sunrise GmbH («**Sunrise**»)] und Swisscom (Schweiz) AG («**Swisscom**») im Rahmen einer Auktion neu versteigert.¹⁸ Ende Januar 2019 hat das BAKOM im Auftrag der ComCom zusätzliche Mobilfunkfrequenzen im Bereich 700 MHz, 1400 MHz und 3500 MHz ebenfalls an Salt, Sunrise und Swisscom versteigert. Die erwähnten Mobilfunkfrequenzen bilden eine wesentliche Voraussetzung für die Entwicklung der schnellen Mobilfunktechnologie 5G. Die Einnahmen aus der Auktion von 2019 für den Bund beliefen sich auf rund 380 Millionen Franken. Die Konzessionen wurden mit einer Laufzeit bis Frühjahr 2034 vergeben.

¹⁴ Vgl. oben, Rz. 6.

¹⁵ INFRAS/AWK Group, Regulierungsfolgenabschätzung Konkretisierung Art. 48a FMG, Schlussbericht vom 29. Juni 2022, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/studien-und-fakten/studien/sicherstellung-der-telekommunikation-bei-strommangellagen.html> [zuletzt besucht: 18. Dezember 2023].

¹⁶ Vgl. oben, Rz. 2; Erläuternder Bericht des Bundesamts für Kommunikation BAKOM zur Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV), Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung, 29. September 2023, https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/vernehmlassungen/vernehmlassung_haertung_mobilfunknetze.html [zuletzt besucht: 18. Dezember 2023].

¹⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. November 2023, Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-98399.html> [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023].

¹⁸ Bundesamt für Kommunikation BAKOM, Frequenzen und Antennen, Vergabe der Mobilfunkfrequenzen, Versteigerung der Mobilfunkfrequenzen im 2012, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/frequenzen-antennen/vergabe-der-mobilfunkfrequenzen/neue-mobilfunkfrequenzen-fuer-orange-sunrise-und-swisscom.html> [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023].

12 In den entsprechenden Konzessionen vom 17. April 2019 ist in **Ziff. 1.3** unter der Überschrift «**Änderung der Rechtsgrundlagen**» folgende Bestimmung verankert:

«Die Bestimmungen der vorliegenden Konzession gelten vorbehaltlich allfälliger Änderungen der auf sie anwendbaren Rechtsgrundlagen (vgl. Ziff. 1.2.1 hiervor).

Gestützt auf Art. 24e Abs. 1 FMG kann die Konzessionsbehörde die Konzession veränderten rechtlichen Verhältnissen anpassen oder widerrufen, wenn die Änderung oder der Widerruf zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist. Die Konzessionärin wird angemessen entschädigt, wenn die übertragenen Rechte widerrufen oder wesentlich geschmälert werden (Art. 24e Abs. 2 FMG).»

13 Vor diesem Hintergrund hat asut der Unterzeichnenden einen Gutachtensauftrag erteilt, im Rahmen dessen verschiedene Fragestellungen abgeklärt werden sollen («**Gutachtensauftrag vom 1. Dezember 2023**»):

14 Eingangs ist abzuklären, wie die Massnahmepflicht und die implizite Kostentragungspflicht der Mobilfunkkonzessionärinnen hinsichtlich der präventiven (Sicherheits-)Vorkehrungen zur Sicherstellung einer landesweiten möglichst stromausfallsicheren Mobilfunkversorgung aus rechtlicher Sicht zu beurteilen ist. Dabei interessiert insbesondere, ob die Delegationsnorm von Art. 48a Abs. 2 FMG auch für die Statuierung einer Kostentragungspflicht der Mobilfunkkonzessionärinnen hinreichend bestimmt und konkret ist.

15 Sodann sind die Auswirkungen der Revision des Fernmeldegesetzes auf die bestehenden Konzessionsverhältnisse und mögliche Handlungsoptionen der Mobilfunkkonzessionärinnen abzuklären.

B. Fragestellung

16 Gestützt auf die im Gutachtensauftrag vom 1. Dezember 2023 aufgeworfenen Fragestellung geht dieses Rechtsgutachten folgenden Fragen nach:

1. *Bildet Art.48a FMG eine genügende gesetzliche Grundlage nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 BV für eine Delegation an den Bundesrat zum Erlass einer gesetzesvertretenden Verordnung, die Mobilfunkkonzessionärinnen zu Massnahmen zur Härtung ihrer Mobilfunkinfrastruktur bei Strommangeln und Stromausfällen verpflichtet?*
2. *Was ist der Geltungsbereich von Art. 48a FMG: Enthält diese Bestimmung überhaupt eine Regelung der Massnahmen zur Härtung der Mobilfunkinfrastruktur bei Strommangeln und Stromausfällen?*
3. *Können sich die Mobilfunkkonzessionärinnen gestützt auf ihre Mobilfunkkonzession auf die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) in Verbindung mit dem Schutz von Treu und Glauben (art. 9 BV) und auf wohlerworbene Rechte berufen? Falls wohlerworbene Rechte und die Eigentumsgarantie tangiert sind, wird die Eigentumsgarantie zulässigerweise eingeschränkt?*
4. *Sind die Mobilfunkkonzessionärinnen für den Eingriff in ihre Rechtsstellung gestützt auf Art. 26 Abs. 2 BV und Art. 24e Abs. 2 FMG entschädigungsbe-rechtigt?*

17 Das Gutachten kommt zum Schluss, dass Art. 48a FMG keine ausreichende Delegationsnorm bildet und für die vorgesehene Veränderungsänderung die De-legationsvoraussetzungen gemäss Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 164 BV nicht ein-gehalten werden. Die Auslegung von Art. 48a FMG nach den Auslegungsme-thoden der grammatikalischen, systematischen, historischen und teleologi-schen Auslegung führt zudem zum Schluss, dass aus Art. 48a FMG nicht ge-folgert werden kann, die Bestimmung räume dem Bundesrat einen Entschei-dungsspielraum ein, ebenso die Massnahmen zur Härtung der Mobilfunkinfra-struktur bei Strommangeln und Stromausfällen zu regeln.

18 Art. 96h VE-FDV tangiert ebenso die Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV und den Vertrauensschutz nach Art. 9 BV, weil die vorgesehene Bestimmungsbe-stimmung wohlerworbene Rechte der Mobilfunkkonzessionärinnen ein-schränkt. Ein überwiegendes öffentliches Interesse dazu ist jedoch nicht gege-ben. Die Einschränkung dieser Rechte wäre zudem aufgrund von Art. 26 Abs. 2 BV und Art. 24e Abs. 2 FMG nur gegen Leistung einer Entschädigung zuläs-sig, welche das bei der Konzessionserteilung vorhandene Gleichgewicht bzw. die Gesamrelation der Rechte und Pflichten der Konzessionärinnen (wieder) ausgleicht.

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

19 Literatur

- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich 2021
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar BV, 2. A., Zürich 2017
- FISCHER PETER R./SIDLER OLIVER, in: Rolf H. Weber (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht V, Informations- und Kommunikationsrechts Teil 1, 2. A., 2003 (*zit. Autoren, SBVR V1....*)
- GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020
- JAAG TOBIAS, Die Verordnung im schweizerischen Recht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI) 2011, S. 629-659
- JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, S. 303
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- RIVA ENRICO, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022

- UHLMANN FELIX/FLEISCHMANN FLORIAN, Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, in: ZfR – Schriften des Zentrums für Rechtsetzungslehre 2017, Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft, S. 7-29
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar, Basel 2015
- WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, Bern 2014
- WINISTÖRFER MARC W., Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Zürich 2021
- ZOLLINGER MARCO, Die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht, in: AJP 2021 389

B. Gesetze

20 Gesetze

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101)
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZBG) vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
- Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz, LVG) vom 17. Juni 2016 (SR 531)
- Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997 (SR 784.10)
- Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 9. März 2007 (SR 784.101.1)

C. Materialien

21 Materialien

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017 (BBI 2017 6559)
- Vorentwurf der Verordnung über Fernmeldedienste (*zit. VE-FDV*)
- Erläuternder Bericht des Bundesamts für Kommunikation BAKOM zur Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste, Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung vom 29. September 2023
- Postulat Barbara Schmid-Federer vom 29. September 2011, IKT-Grundlagegesetz, Nr. 11.3906

III. RECHTLICHES

1. Art. 48a Abs. 2 FMG als Delegationsnorm

1.1 Voraussetzungen der Gesetzesdelegation

22 Art. 48a Abs. 2 FMG sieht vor, dass der Bundesrat zum Schutz vor Gefahren, zur Vermeidung von Schäden und zur Minimierung von Risiken Bestimmungen über die Sicherheit von Informationen und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten erlassen kann, insbesondere bezüglich Verfügbarkeit, Betrieb, Sicherstellung von redundanten Infrastrukturen, Meldung von Störungen, Nachvollziehbarkeit von Vorgängen und Umleitung oder Verhinderung von Verbindungen sowie Unterdrückung von Informationen nach Absatz 1. Gestützt darauf hat der Bundesrat im Zuge der Revision der Fernmeldeverordnung im 6. Abschnitt des Vorentwurfs der Fernmeldeverordnung «Verfügbarkeit von Netzen und Diensten der Mobilfunkkonzessionärinnen» Art. 96h VE-FDV mit folgendem Inhalt vorgesehen:

23 Die Mobilfunkkonzessionärinnen müssen die erforderlichen Massnahmen treffen, damit sie bei einer Störung der Stromversorgung die Fernmeldedienste nach Artikel 94a Absatz 2 sowie den Zugangsdienst zum Internet, soweit sie

diesen nicht nach Artikel 94a einschränken dürfen, erbringen können (Art. 96h Abs. 1 VE-FDV). Die Dienste müssen gemäss Art. 96h Abs. 2 FDV in den folgenden Szenarien gewährleistet sein: bei Netzabschaltungen aufgrund einer Strommangellage, sofern die Abschaltung jeweils höchstens 4 Stunden ohne Strom, gefolgt von mindestens 8 Stunden mit Strom an 14 aufeinanderfolgenden Tagen beträgt, bei Stromausfällen von bis zu 72 Stunden (Blackout), die nicht mehr als 1.5 Millionen Personen betreffen, gefolgt von einer mindestens gleich langen Phase mit Strom. Sie sind in jeder Gemeinde für mindestens 99 Prozent der Kundinnen und Kunden, deren Vertragsadresse im Gebiet der Gemeinde liegt, zu gewährleisten; pro Kalendertag sind Ausfälle von insgesamt höchstens 15 Minuten zulässig (Art. 96h Abs. 3 VE-FDV).

24 Zunächst stellt sich die Frage der Zulässigkeit der vorgesehenen Gesetzesdelegation an die Exekutive.

25 Als Gesetzesdelegation gilt die Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen, worunter einerseits die Delegation vom übergeordneten an ein untergeordnetes Gemeinwesen sowie andererseits die Delegation vom Gesetzgeber an den Ordnungsgeber innerhalb des gleichen Gemeinwesens fällt.¹⁹ Hier interessiert einzig die zweite Form der Gesetzesdelegation, somit die Übertragung von Rechtssetzungskompetenzen der Bundesversammlung als Bundesgesetzgeber an den Bundesrat als Ordnungsgeber.

26 Die Frage der (zulässigen) Gesetzesdelegation stellt sich einzig bei den unselbständigen Verordnungen, deren Erlass sich nicht auf eine Ermächtigung durch die Verfassung stützen können.²⁰ Darunter fallen die sog. gesetzesvertretenden Verordnungen mit Gesetzescharakter, welche die gesetzliche Regelung ergänzen und damit mehr und anderes als den blossen Vollzug regeln.²¹

¹⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 364.

²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 369; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1869.

²¹ TSCHANNEN, N 1669.

Erlässt der Bundesrat hingegen Vollziehungsverordnungen, müssen die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation nicht eingehalten werden.²² Die Abgrenzung zwischen gesetzvertretenden Verordnung und Vollziehungsverordnungen ist indes nicht immer leicht zu ziehen.²³

27 Gemäss langjähriger, konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Gesetzesdelegation von der Legislative an die Exekutive zulässig, wenn folgende **vier Voraussetzungen** kumulativ erfüllt sind:²⁴

1. Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein (*Voraussetzung i*);
2. Die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein (*Voraussetzung ii*);
3. Die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken (*Voraussetzung iii*);
4. Die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen insbesondere zum Zweck, Gegenstand und Umfang der übertragenen Befugnisse müssen in einem Gesetz umschrieben sein (*Voraussetzung iv*).

28 Während die ersten beiden *formellen* Voraussetzungen in der Praxis in der Regel unproblematisch sind, bereiten die beiden *materiellen* Voraussetzungen zuweilen Schwierigkeiten.²⁵

29 Die Voraussetzung, wonach sich die Delegation auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken muss, soll eigentliche «Blankodelegationen»,

²² Gemäss Art. 182 Abs. 2 BV darf der Bundesrat Vollziehungsvorschriften in eigener Kompetenz erlassen, vgl. TSCHANNEN, N 1664; UHLMANN/FLEISCHMANN, Das Legalitätsprinzip, in: ZfR 2017, S. 18.

²³ Gemäss Bundesgericht ist der Anwendungsbereich von Ausführungs- und Vollziehungsverordnungen darauf beschränkt, die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen, BGE 141 II 169 E. 3.3.

²⁴ BGE 144 II 376 E. 7.2; BGE 134 I 322 E. 2.4; BGE 128 I 327 E. 4.1; BGE 128 I 113 E. 3c; BGer, Urteil 2C_260/2019 vom 5. Dezember 2019, E. 6.2.1; vgl. BGE 67 I 19 E. 5; BGE 48 I 532 E. 2, welche die Gesetzesdelegation bereits erwähnen, jedoch ohne Nennung konkreter Voraussetzungen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 368; TSCHANNEN, N 1035; WYTTENBACH/WYSS, in: BSK BV, Art. 164 N 50 ff.

²⁵ Wobei die Abgrenzung der dritten und vierten Voraussetzung nicht immer trennscharf ist, vgl. UHLMANN/FLEISCHMANN, Das Legalitätsprinzip, in: ZfR 2017, S. 16.

mit welchen die Regelung ganzer Rechtsgebiete delegiert werden, verhindern.²⁶ Delegationen ist ein sachlicher Rahmen zu setzen, indem in der Delegationsnorm *Gegenstand* und *Ausmass* der delegierten Materie benannt werden. Die Bestimmtheit kann je nach Sachgebiet variieren. Unbestimmtere Regelungen können genügen, wenn ein Rechtsverhältnis zur Diskussion steht, welches die Betroffenen freiwillig eingegangen sind oder bei dem die Rechte und Pflichten zwischen Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können.²⁷

30 Die vierte Voraussetzung besagt, dass die Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz umschrieben sein müssen und fällt damit gemäss Lehre mit dem *Erfordernis der Gesetzesform* i.S.v. Art. 164 BV²⁸ zusammen.²⁹

31 Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage. Das Legalitätsprinzip besagt, dass sich ein staatlicher Akt auf eine materiell-gesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist.³⁰ Art. 164 Abs. 1 BV konkretisiert dieses Prinzip für die Bundesgesetzgebung. Danach sind die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte sowie die grundlegenden Bestimmungen über Rechte und Pflichten von Personen (Art. 164 Abs. 1 lit. b und c BV) und kantonale Vollzugszuständigkeiten (Art. 164 Abs. 1 lit. f BV). Die grundlegenden Bestimmungen als dem formellen Gesetzgeber vorbehaltene Befugnisse dürfen nicht delegiert werden. Andere Rechtsetzungsbefugnisse können jedoch durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Art. 164 Abs. 2 BV).³¹

²⁶ So bereits BGE 98 Ia 584 E. 3d: «La délégation législative n'est pas un blancseing», vgl. auch BGE 128 I 113 E. 3f.; UHLMANN/FLEISCHMANN, Das Legalitätsprinzip, in: ZfR 2017, S. 16.

²⁷ BGE 123 I 1 E. 4b; WYTENBACH/WYSS, in: BSK BV, Art. 164 N 53.

²⁸ Das Erfordernis der Gesetzesform verlangt, dass die wichtigen Rechtsnormen, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, in einem *Gesetz im formellen Sinn* enthalten sein müssen, vgl. BGE 143 I 253 E. 6.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 351 f. sowie nachfolgend.

²⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 368; so auch UHLMANN/FLEISCHMANN, Das Legalitätsprinzip, in: ZfR 2017, S. 17; WYTENBACH/WYSS, in: BSK BV, Art. 164 N 54; JAAG, Die Verordnung im schweizerischen Recht, in: ZBI S. 645 f.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 376, auf die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Gesetzesdelegation und Erfordernis der Gesetzesform hinweisend.

³⁰ BGE 128 I 113 E. 3c; BGE 141 II 169 E. 3.1.

³¹ BGE 141 II 169 E. 3.2.

32 Das Bundesgericht hat ebenfalls klargestellt, dass eine Gesetzesdelegation bezüglich «wichtiger» oder «grundlegender» Bestimmungen nicht möglich ist. Delegierbar sind somit lediglich die nicht wichtigen Bestimmungen, wozu auch Art. 164 Abs. 1 lit. a-g BV fallen, sofern ihnen kein grundlegender Charakter zukommt.³² Das «Wichtige» bildet mit anderen Worten den notwendigen Gesetzesinhalt, welcher nicht delegiert werden darf sondern mit *hinreichender Bestimmtheit* im Gesetz im formellen Sinn zu regeln ist.³³

33 Für die Umschreibung der Wichtigkeit einer Rechtsnorm sind insbesondere folgende Kriterien massgebend:³⁴

- *Intensität des Eingriffs*: Schwere Eingriffe in die Rechte und Freiheiten, die massgeblich in die bestehende Rechtsstellung der Adressaten eingreifen, müssen in einem Gesetz vorgesehen sein;
- *Zahl der von der Regelung Betroffenen*: Eine Regelung erfordert eher ein Gesetz, wenn ein grosser Kreis von Personen davon betroffen ist;
- *Finanzielle Bedeutung*: Regelungen von grosser finanzieller Tragweite für das Gemeinwesen müssen eine Grundlage in einem Gesetz haben;
- *Akzeptierbarkeit*: Massnahmen, bei denen mit Widerstand der Betroffenen gerechnet werden muss, sollten ihre Grundlage in einem demokratisch legitimierten Gesetz haben;
- *Vorhersehbarkeit*: Für neuartige, bisher unübliche Regelungen ist ein formelles Gesetz erforderlich.

34 Je nach Bedeutung und Natur der Materie sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Delegationsnorm unterschiedlich hoch.³⁵ Neben Art. 164 BV

³² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1870; vgl. BGE 141 II 169 E. 3.2; kritisch aber HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 376 und WYTTENBACH/WYSS, in: BSK BV, Art. 164 N 46, wonach das Bundesgericht diese Frage in BGE 133 II 331 E. 7.2.2 noch offengelassen habe und damit kein eigentliches Delegationsverbot für «wichtige» Bestimmungen erlassen habe.

³³ TSCHANNEN, N 1035; WYTTENBACH/WYSS, in: BSK BV, Art. 164 N 4 und 47: Die Vorgabe, dass Wichtiges auf formell-gesetzlicher Stufe zu verankern ist, impliziert die Pflicht, diese Materie auch in hinreichender Bestimmtheit im Gesetz selber zu regeln.

³⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 354; WYTTENBACH/WYSS, in: BSK BV, Art. 164 N 9; vgl. BGE 128 I 113 3c.

³⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1873.

äussern sich eine Reihe besonderer Verfassungsbestimmungen zur Gesetzespflicht bestimmter Materien.³⁶ Die Einschränkung von Grundrechten bedarf stets einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV). Für Normstufe und Normdichte ergeben sich daraus erhöhte Anforderungen.³⁷ Dabei entspricht Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV gemäss Lehre dem Art. 164 Abs. 1 lit. b BV («Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über die *Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte*»). Auch gemäss Bundesgericht steht Art. 36 Abs. 1 BV «in einem engen Zusammenhang» mit Art. 164 BV.³⁸

35 Liegt ein schwerer Grundrechtseingriff vor, ist somit gemäss Bundesgericht eine klare und genaue Grundlage im Gesetz selbst erforderlich. Dabei muss sich aus der Auslegung des Gesetzes ergeben, dass der Verordnungsgeber zur entsprechenden Regelung ermächtigt werden sollte.³⁹ Umgekehrt müssen sich die Verordnungsbestimmungen an den gesetzlichen Rahmen halten. In Bezug auf die notwendige Normdichte lässt sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.⁴⁰

36 Im vorliegenden Zusammenhang ist zu prüfen, ob die in Art. 96h VE-FDV verankerte Pflicht der Mobilfunkkonzessionärinnen zur Härtung der Mobilfunkanlagen bei einer Strommangellage oder bei einem Stromausfall und die damit einhergehende Kostentragungspflicht für die Härtung der Mobilfunkanlagen zu lasten der Mobilfunkkonzessionärinnen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV einer

³⁶ TSCHANNEN, N 1597. Diese spezifischen Gesetzesvorbehalte in der Verfassung setzen spezifische bzw. präzisere Delegationsschranken, WYTTENBACH/WYSS, in: BSK BV, Art. 164 N 47.

³⁷ WYTTENBACH/WYSS, in: BSK BV, Art. 164 N 13.

³⁸ BGE 143 I 253 E. 6.1.

³⁹ Vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3 mit Hinweisen.

⁴⁰ BGE 143 I 253 E. 6.1; BGE 141 I 201 E. 4.1; BGE 139 II 243 E. 10; BGE 136 I 87 E. 3.1; vgl. WYTTENBACH/WYSS, in: BSK BV, Art. 164 N 15.

Grundlagen in einem formellen Gesetz bedarf oder ob dafür eine Verordnungsbestimmung genügt. Hierzu ist zunächst auf die in Art. 48a Abs. 2 FMG enthaltene Delegationskompetenz einzugehen.

37 Es ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht im Fall einer inzidenten Normenkontrolle von Art. 96h VE-FDV, d.h. von einer Kontrolle der Gesetz- und Verfassungsmässigkeit dieser Verordnungsbestimmung in einem konkreten Anwendungsfall zwar Zurückhaltung üben würde. In vorfrageweiser Normenkontrolle unterzieht es die bundesrätliche Rechtsverordnung vorab einer Geltungskontrolle. Die Gesetzmässigkeit der Rechtsverordnung prüft es nur dahingehend, ob der Gesetzgeber dem Bundesrat einen Ermessensspielraum einräumt und ob der Bundesrat die Grenzen der ihm gesetzlich eingeräumten Befugnisse eingehalten hat. Es prüft dabei, ob der Bundesrat den gesetzlichen Rahmen offensichtlich sprengt. Frei prüft das Bundesgericht jedoch, ob der Bundesrat die verfassungsmässigen Rechte und insbesondere die Grundrechte respektiert, wenn der Gesetzgeber dem Bundesrat keine Kompetenz zum Abweichen von der Verfassung einräumt.⁴¹ Zum einen ist somit davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Bundesverfassung respektiert und ebenso die Anforderungen der Bundesverfassung an die gesetzliche Grundlage, insbesondere an Art. 164 BV einhält und die Schranken der Gesetzesdelegation beachtet. Legt der Bundesrat das Gesetz in dem Sinn aus, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen an die zulässige Gesetzesdelegation missachten wollte, müssten ausreichende Hinweise vorliegen, dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Zum andern ist ebenso Art. 48a Abs. 2 FMG auszulegen und zu prüfen, ob diese Bestimmung dem Bundesrat überhaupt einen Entscheidungsspielraum einräumt, die Mobilfunkkonzessionärinnen ebenso zur Härtung ihrer Anlagen für eine Strommangellage und für Stromausfälle zu verpflichten.

38 Nachfolgend soll zunächst geprüft werden, ob Art. 48a Abs. 2 FMG gestützt auf das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 164 BV eine genügende gesetzliche Grundlage darstellt, um den Mobilkonzessionärinnen die Pflicht

⁴¹ BGE 141 II 169 E. 3.4.

zum Ausbau der Infrastruktur im Sinne einer Härtung der Anlagen bei Stromausfall und Strommangellage auferlegen zu können. Alsdann ist durch Auslegung von Art. 48a Abs. 2 FMG zu ermitteln, ob der Gesetzgeber dem Bundesrat überhaupt einen Spielraum einräumt, die FDV mit Art. 96h VE-FDV zu ergänzen (dazu nachfolgend, Kapitel 2).

1.2 Art. 48a Abs. 2 FMG als Delegationsnorm – Tragweite

39 Zunächst handelt es sich bei denen vom Bundesrat gestützt auf Art. 48a Abs. 2 FMG zu erlassenen Verordnungsbestimmungen zweifelsohne um gesetzesvertretende Bestimmungen, welche – anderes als Vollziehungsbestimmungen – den genannten rechtlichen Schranken unterworfen sind.⁴²

40 Unstrittig ist, dass die in Frage stehende Gesetzesdelegation durch keine Verfassungsbestimmung ausgeschlossen ist (*Voraussetzung [i]*) und die Delegationsnorm in einem Gesetz im formellen Sinn, nämlich in Art. 48a Abs. 2 FMG, enthalten ist (*Voraussetzung [ii]*). Mangels Problematik dieser Punkte erübrigt sich die vertiefte Betrachtung dieser beiden formellen Voraussetzungen.⁴³

41 Voraussetzung (iii) hingegen gilt es vertieft zu analysieren. Sie verlangt, dass die Delegationsnorm **Gegenstand** und **Ausmass** der delegierten Materie genau bezeichnet. Der **Gegenstand** der delegierten Materie wird in Art. 48a Abs. 2 FMG wie folgt definiert: Der Bundesrat kann «zum Schutz vor Gefahren, zur Vermeidung von Schäden und zur Minimierung von Risiken» Bestimmungen über «die Sicherheit von Information und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten» erlassen, insbesondere bezüglich die «Verfügbarkeit». Damit wird der Gegenstand der delegierten Materie ziemlich konkret umschrieben und der Zweck, das Ziel und der Inhalt der vom Bundesrat zu erlassenen Bestimmungen definiert.

42 Hingegen wird das **Ausmass** der delegierten Materie nicht eingeschränkt und dem Bundesrat auch kaum ein Rahmen abgesteckt, an welchen er sich halten

⁴² Vgl. oben, Rz. 26 ff.

⁴³ Vgl. oben, Rz. 28.

muss. Es wird namentlich nicht definiert oder näher konkretisiert, um welche Gefahren, Schäden und Risiken es sich handelt, zu deren Bekämpfung der Bundesrat Verordnungsbestimmungen erlassen darf.⁴⁴ Auch wird nicht weiter bestimmt, wer Adressat der Verordnungsbestimmungen sein soll.⁴⁵ Ferner enthält die Bestimmung keine Angaben über die Art und Umfang der Verordnungsbestimmungen, welche zum Schutz vor Gefahren, zur Vermeidung von Schäden und zur Minimierung von Risiken erlassen werden können.

43 Mobilfunkkonzessionärinnen gehen die Rechtsbeziehung mit dem Staat wohl freiwillig ein. Eine unbestimmte Regelung ist vorliegend jedoch deshalb problematisch, da der Erlass von Art. 96h VE-FDV die freiwillige Übernahme der Pflichten zur Härtung der Mobilfunkinfrastruktur überholt und diese Bestimmung den Mobilfunkkonzessionärinnen unmittelbar gestützt auf die Verordnung sehr weitgehende Pflichten zur Härtung ihrer Mobilfunkanlagen auferlegt. Rechte und Pflichten können nicht mehr frei bzw. auf Augenhöhe ausgehandelt werden.⁴⁶ Insofern wäre eine Regelung in einem Gesetz im formellen Sinne, welches dem demokratischen Mitwirkungsprozess unterliegt und eine gewisse Voraussehbarkeit gewährleistet, für eine Bestimmung mit derartigem Gewicht, wie sie Art. 96h VE-FDV vorsieht, jedenfalls erforderlich.

44 Als Fazit gilt, dass die fragliche Delegationsnorm in Art. 48a Abs. 2 FMG wohl den Gegenstand der delegierten Materie genügend umschreibt, das Ausmass der Delegationskompetenz hingegen nicht klar abgrenzt, was im Hinblick auf die weitgehende Verordnungsbestimmung als problematisch einzustufen ist.

45 Kaum eingehalten ist sodann auch die Voraussetzung (iv), wonach die Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz umschrieben sein müssten, will sich der Bundesrat auf Art. 48a Abs. 2 FMG abstützen. Aus dem Erfordernis der Gesetzesform i.S.v. Art. 164 BV, welches als Ausfluss des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) zu verstehen ist, ergibt sich, dass sich jeder staatliche Akt auf eine gesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und

⁴⁴ So das Ergebnis der grammatikalischen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegung, vgl. Rz. 60 65 87 ff. und 98.

⁴⁵ Vgl. das diesbezügliche Ergebnis der historischen Auslegung in Rz. 90.

⁴⁶ Vgl. dazu Rz. 29.

vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist.⁴⁷ Nach der hier vertretenen Ansicht ergeht die vorgesehene Bestimmung in Art. 96h VE-FDV in Verletzung des Erfordernisses der Gesetzesform und des Legalitätsprinzips – und damit der Delegationsvoraussetzung (iv) –, weil sie derart wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthält, welche in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein müssen. Nachfolgende Ausführungen belegen dies.

46 Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte und grundlegende Bestimmungen über Rechte und Pflichten von Personen gehören in jedem Fall ins Gesetz (vgl. Art. 164 Abs. 1 lit. b und c BV),⁴⁸ ebenso Rechtsnormen über Massnahmen, gegen welche Widerstand zu erwarten ist und Bestimmungen, die neuartig und bisher unübliche Regelungen enthalten.⁴⁹

47 Art. 96h Abs. 1 VE-FDV sieht vor, dass Mobilfunkkonzessionärinnen die erforderlichen Massnahmen treffen müssen, damit sie bei einer Störung der Stromversorgung die Fernmeldedienste nach Artikel 94a Absatz 2 VE-FDV sowie den Zugangsdienst zum Internet, soweit sie diesen nicht nach Artikel 94a VE-FDV einschränken dürfen, erbringen können.

48 Diese Bestimmung macht den Mobilfunkkonzessionärinnen strenge Vorschriften, damit ihre Mobilfunknetze auch während eines Stromausfalls bzw. einer Strommangellage weiter funktionieren. Bei einem Stromausfall haben demnach die Sendeanlagen bis zu 72 Stunden am Stück weiter in Betrieb zu sein. Im Fall einer schweren Strommangellage muss das Mobilfunknetz an 14 aufeinanderfolgenden Tagen zur Verfügung stehen. Dabei handelt es sich um eine grundlegend neue und sehr weitgehende Pflicht der Mobilfunkkonzessionärinnen, welche für eben diese weitgehende Konsequenzen nach sich zieht. Es ist zudem nicht ausgeschlossen, dass auch die Kundschaft von diesem Kostensprung betroffen sein wird. Die vorgesehene Bestimmung ist somit als schweren Eingriff in das bisherige Rechtsverhältnis zu qualifizieren, welches die bestehende Rechtsstellung der Mobilfunkkonzessionärinnen als Adressatinnen

⁴⁷ Vgl. oben, Rz. 31.

⁴⁸ Vgl. oben, Rz. 31.

⁴⁹ Vgl. oben, Rz. 33.

der neuen Verordnungsbestimmung massgeblich beeinflusst. Die **Intensität** des Eingriffs ist folglich als hoch einzustufen.

49 Die Kosten der Härtung ihres Mobilfunknetzes müssen die Mobilfunkkonzessionärinnen gemäss den bundesrätlichen Erläuterungen selber tragen.⁵⁰ Die finanzielle Bedeutung der Regelung für die Mobilfunkkonzessionärinnen ist deshalb immens: Damit der Betrieb der Mobilfunknetze bei Störungen der Stromversorgung aufrechterhalten werden kann, müssen die Mobilfunkkonzessionärinnen ihre Sendeanlagen massiv aufrüsten und umfassende Investitionen vornehmen.⁵¹ In der externen Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) wurde ein Umsetzungsszenario definiert. Dieses sieht konkret zur Überbrückung der Stromlücken bei den Antennenstandorten mit Makrozellen-Batterien mit einer Laufzeit von vier Stunden und einer Lebensdauer von 15 Jahren sowie in 35% der Standorte fest installierte Dieselaggregate vor. Für die restlichen 65% der Standorte wird mit mobilen Dieselaggregaten gerechnet, die im Krisenfall zu den von einem Stromausfall betroffenen Standorten gebracht werden.⁵² Die jährlichen Kosten für die Mobilfunkkonzessionärinnen belaufen sich gemäss Regulierungsfolgenabschätzung auf *nota bene* rund 150 Millionen Franken *pro Jahr*, wobei sowohl Investitions- als auch Betriebskosten darin enthalten sind.⁵³ Wie auch in den Erläuterungen beschrieben, ist diese Kostenberechnung in keiner Weise abschliessend. Vielmehr herrschen verschiedene Unsicherheiten in Bezug auf die Entwicklung am Strommarkt, welche die Bewertung der untersuchten Risikoszenarien und damit auch die Kostenfolge beeinflussen können. Es ist augenfällig, dass eine erste, bundesinterne Analyse aus dem Jahr 2020 die Zusatzkosten der Mobilfunkkonzessionärinnen noch auf gesamthaft ca. 40-90 Millionen Franken pro Jahr einschätzte, d.h. rund halb so hoch wie die Re-

⁵⁰ Vgl. Erläuterungen des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM zur Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 29. September 2023, Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung, S. 9; vgl. zum Ganzen, Rz. 10.

⁵¹ Vgl. Erläuterungen des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM zur Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 29. September 2023, Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung, S. 2.

⁵² INFRAS/AWK Group, Regulierungsfolgenabschätzung Konkretisierung Art. 48a FMG, Schlussbericht vom 29. Juni 2022, S. 47 f., 73, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/studien/sicherstellung-der-telekommunikation-bei-strommangellagen.html> [zuletzt besucht: 18. Dezember 2023]; Erläuternder Bericht, S. 9.

⁵³ Vgl. oben, Rz. 6; Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. November 2023, Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-98399.html> [zuletzt besucht: 15. Dezember 2023].

gulierungsfolgeabschätzung aus dem nur zwei Jahre älteren Bericht. Es ist deshalb ein grosser Vorbehalt betreffend die effektiven Kosten für die Mobilfunkkonzessionärinnen anzubringen.⁵⁴

50 Insgesamt handelt es sich um eine Bestimmung mit bedeutenden Kostenfolgen für die Mobilfunkkonzessionärinnen, welcher auch unabhängig vom jeweiligen Umsatz der Unternehmen eine grosse finanzielle Tragweite zukommt. Nicht nur hat die vorgesehene Härtung hohe Kosten für die Mobilfunkkonzessionärinnen zur Folge, sondern kann deren Höhe nicht abschliessend definiert werden. Auch die Unsicherheiten betreffend die effektiven Kostenhöhe verstärken das Bedürfnis nach einer Regelung in einem Bundesgesetz.

51 Sodann ist in Betracht zu ziehen, dass die Verordnungsbestimmung auch finanzielle Auswirkungen auf die Konsumentinnen und Konsumenten hat. Mittelfristig wird mit erhöhten Tarifen zu rechnen sein.⁵⁵ Auch dieser Aspekt drängt die Mitwirkung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und damit die Regelung in einem Bundesgesetz auf, wenn diese neuen Pflichten der Mobilfunkkonzessionärinnen beinahe die gesamte Bevölkerung betrifft.

52 Insgesamt erfordert die grosse finanzielle Tragweite der vorgesehenen Härtung der Mobilfunkanlagen grundsätzlich eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn.

53 Überdies ist auch die **Akzeptanz** und die **Vorhersehbarkeit** der Regelung als eher gering einzustufen. Adressaten der neuen Verordnungsgesetzgebung sind die drei Mobilfunkkonzessionärinnen, für welche die Bestimmung weitreichende Folgen hat. Ihre Akzeptanz gegenüber den Massnahmen ist gering, wie auch aus dem Schreiben an das BAKOM vom 4. Februar 2021 hervorgeht.⁵⁶ Zudem ist zu betonen, dass der Bund erstmalig die Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung vorsieht. Bisher haben die Betreiberinnen ihre Netze freiwillig gegen Stromausfälle gesichert. Es handelt sich somit

⁵⁴ Vgl. dazu das Schreiben des asut vom 4. Februar 2021, Rz. 4.

⁵⁵ Vgl. Erläuterungen des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM zur Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 29. September 2023, Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung, S. 10.

⁵⁶ Vgl. oben, Rz. 4

um eine erstmalige Implementierung einer Bestimmung gegen Stromausfälle bzw. Strommangellage zu Lasten der Mobilfunkkonzessionärinnen. Auch diese Punkte betonen die Erforderlichkeit einer materiell-gesetzlichen Grundlage in einem Bundesgesetz.

1.3 Zwischenfazit

54 Zusammenfassend sieht die fragliche Verordnungsbestimmung einen intensiven Eingriff vor, der schwerwiegend in das Rechtsverhältnis zwischen Mobilfunkkonzessionärinnen und Bund eingreift und ihnen grundlegend neue Pflichten aufbürdet. Insgesamt erweist sich Art. 48a Abs. 2 FMG als Delegationsnorm als zu wenig bestimmt und wird darin nichts zum Ausmass der delegierten Materie ausgesagt. Zudem würde auch Art. 164 Abs. 1 BV verletzt, da der Eingriff in die Rechtsstellung der Mobilfunkkonzessionärinnen nicht im Gesetz im formellen Sinn selbst vorgesehen ist. Der Gegenstand, um welche es vorliegend geht, nämlich die Bereitstellung von weiterer Infrastruktur für die Fälle des Stromausfalls und der Strommangellage, müsste auf Gesetzesstufe vorgesehen sein. Wie zu zeigen sein wird, ist dies umso mehr der Fall, als ebenso wohlverworbene Rechte der Konzessionsinhaberinnen betroffen sind und damit in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und in den Schutz des berechtigten Vertrauens (Art. 9 BV; vgl. hinten, Kapitel 4.2) eingegriffen wird.

55 Wie vorne erwähnt müsste das Bundesgericht gestützt auf Art. 190 BV Art. 48a Abs. 2 FMG auch anwenden, wenn der Bundesgesetzgeber die Delegationsvoraussetzungen nicht hätte einhalten wollen und sich der Bundesgesetzgeber somit nicht an die Anforderung von Art. 5 BV und Art. 164 BV halten würde.⁵⁷ Ob dem überhaupt so ist und welchen Ermessensspielraum der Bundesgesetzgeber dem Bundesrat überhaupt einräumen wollte, ist durch Auslegung von Art. 48a FMG zu ermitteln. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

⁵⁷ Vgl. BGE 143 I 253 E. 6.3.

2. Geltungsbereich von Art. 48a FMG – Auslegung

2.1 Vorbemerkungen

56 Die Gesetzesauslegung hat zum Ziel, den Sinn einer Rechtsnorm zu ermitteln.⁵⁸ Für die Auslegung von Verwaltungsnormen gelangen die grammatikalische, die systematische, die historische, die zeitgemässe und die teleologische Auslegungsmethode zur Anwendung.⁵⁹ Das Bundesgericht verfolgt einen sogenannten pragmatischen Methodenpluralismus, der keiner Auslegungsmethode einen grundsätzlichen Vorrang zuerkennt.⁶⁰ In den Worten des Bundesgerichts:

«Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertung auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis.»⁶¹

57 Der teleologischen Auslegungsmethode kommt dabei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein besonderes Gewicht zu.⁶² Als Folge des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) zeigt das Verwaltungsrecht eine vergleichsweise hohe Normdichte, weshalb auch der grammatikalischen Auslegung eine zentrale Rolle zukommt.⁶³ Vom eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf aber nur dann abgewichen werden, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der scheinbar klare Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Norm entspricht.⁶⁴

⁵⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 175; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 80; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 571.

⁵⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 177.

⁶⁰ So z.B. BGE 145 II 270 E. 4.1; BGE 144 I 242 E. 3.1.2; BGE 142 V 299 E. 5.1; BGE 141 II 262 E. 4.1; BGE 140 III 206 E. 3.5.4; BGE 137 V 434 E. 3.2; BGE 134 I 308 E. 5.2.

⁶¹ BGE 144 I 242 E. 3.1.2; BGE 142 V 299 E. 5.1.

⁶² In zahlreichen Fällen stellt das Bundesgericht auf Sinn und Zweck einer Bestimmung ab, vgl. BGE 141 II 262 E. 5.1 ff.; BGE 140 II 289 E. 3.2; BGE 140 II 80 E. 2.5.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 179; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 574.

⁶³ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 574.

⁶⁴ BGE 141 II 262 E. 4.2; BGE 140 II 289 E. 3.2; BGE 140 II 129 E. 3.7;

2.2 Die grammatikalische Auslegung

- 58 Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab.⁶⁵ Die grammatikalische Auslegung ist Ausgangspunkt jeder Auslegung.⁶⁶ Massgebliches Element ist der Gesetzestext, wobei Titel sowie Sachüberschrift und Marginalien Bestandteil des Textes sind und ebenfalls berücksichtigt werden müssen.⁶⁷ Soweit ein Gesetzestext offene Normen enthält, stösst die grammatikalische Auslegung naturgemäss an Grenzen.⁶⁸
- 59 Art. 48a FMG trägt den Randtitel «Sicherheit» und hat in den relevanten Passagen den folgenden Wortlaut: Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten bekämpfen die unbefugte Manipulation von Fernmeldeanlagen durch fernmelde-technische Übertragungen. Sie sind berechtigt, zum Schutz der Anlagen Verbindungen umzuleiten oder zu verhindern sowie Informationen zu unterdrücken (Abs. 1). Zum Schutz vor Gefahren, zur Vermeidung von Schäden und zur Minimierung von Risiken kann der Bundesrat Bestimmungen über die Sicherheit von Informationen und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten erlassen, insbesondere bezüglich Verfügbarkeit, Betrieb, Sicherstellung von redundanten Infrastrukturen, Meldung von Störungen, Nachvollziehbarkeit von Vorgängen und Umleitung oder Verhinderung von Verbindungen sowie Unterdrückung von Informationen nach Absatz 1 (Abs. 2).
- 60 Zunächst ist festzuhalten, dass Abs. 2 von Art. 48a FMG als offene Bestimmung einzustufen ist, bei der die grammatikalische Auslegung naturgemäss an ihre Grenzen stösst. Der Wortlaut von **Abs. 1** von Art. 48a FMG ist hingegen insofern klar, als dass Anbieterinnen von Fernmeldediensten Massnahmen gegen *unbefugte Manipulationen* von Fernmeldeanlagen ergreifen müssen und sich die Massnahmen daher gegen eigentliche *Cyber-Attacken*, *Cyber-Gefahren* und *Cyber-Risiken* richten. Der Wortlaut von **Abs. 2** ist unbestimmter und offener: Aus dem Wortlaut der Formulierung «Zum Schutz vor Gefahren, zur Vermeidung von Schäden und zur Minimierung von Risiken» geht nicht hervor,

⁶⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 91.

⁶⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 92; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 572.

⁶⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 94.

⁶⁸ TSCHANNEN, N 154.

um welche Gefahren es sich handelt und vor welchen Schäden und Risiken Schutz erforderlich ist.⁶⁹ Ebenso ist der Begriff der «Verfügbarkeit» nicht weiter definiert. Auch im Zusammenhang mit dem Titel der Bestimmung «Sicherheit» kann allein gestützt auf den Wortlaut nicht abschliessend bestimmt werden, in welchem Zusammenhang der Bundesrat Bestimmungen über die Sicherheit von Informationen und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten erlassen kann.

- 61 Die grammatikalische Auslegungsmethode ist Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung. Dabei fällt bereits auf, dass der Wortlaut von Art. 48 Abs. 2 FMG sehr vage ist. Es wurde bereits vorne festgestellt, dass der Gesetzestext nicht genügend bestimmt und konkret einzustufen ist, um daraus für die betroffenen Mobilfunkkonzessionärinnen mit genügender Verbindlichkeit eine Pflicht zur Härtung ihrer Mobilfunkantennenstandorte ableiten zu lassen – schliesslich deutet die fragliche Bestimmung in keiner Weise die Härtung der Mobilfunkanlagen gegen Störungen in der Stromversorgung an. Die grammatikalische Auslegung führt somit zu keinem eindeutigen Ergebnis, und weitere Auslegungsmethoden sind zu berücksichtigen.

2.3 Die systematische Auslegung

- 62 Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch ihre Stellung im Gefüge der Rechtsordnung bestimmt.⁷⁰ Massgebliches Element ist der systematische Aufbau eines Erlasses. Dabei ist auch die Systematik der Titel und der Sachüberschrift oder der Marginalien von Bedeutung.⁷¹
- 63 Die fragliche Bestimmung zur «Sicherheit» befindet sich systematisch im 8. Kapitel mit der Überschrift «Wichtige Landesinteressen». **Art. 47 FMG** widmet sich der Sicherheitskommunikation, derweil **Art. 48 FMG** die Einschränkung

⁶⁹ Vgl. vorne, Rz. 42.

⁷⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 97; TSCHANNEN, N 156.

⁷¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 98.

des Fernmeldeverkehrs regelt. Zu guter Letzt wurde mit **Art. 48a FMG** eine Bestimmung zur Thematik der Sicherheit erlassen.

64 Art. 47 FMG bestimmt, welche Fernmeldedienste die Anbieterinnen von Fernmeldediensten zu erbringen haben, damit die Sicherheitskommunikation von Armee, Zivilschutz und weiteren Rettungsdiensten gewährleistet ist. Art. 48 FMG besagt, dass der Bundesrat die Überwachung, die Einschränkung oder die Unterbrechung des Fernmeldeverkehrs anordnen kann, wenn eine ausserordentliche Lage oder andere wichtige Landesinteressen es erfordern. Beide Bestimmungen widmen sich je einem übergeordneten (Sach-)Thema, weshalb aus systematischer Sicht der Schluss naheliegt, dass auch Art. 48a FMG entsprechend strukturiert ist.

65 **Abs. 1** von Art. 48a FMG betrifft zweifelsohne die Bekämpfung von Cyber-Gefahren.⁷² Aus der Systematik der Bestimmung würde sich somit ergeben, dass auch der **Abs. 2** von Art. 48a FMG primär den Schutz vor Cyber-Gefahren adressiert. Auch der Titel «Sicherheit» der betreffenden Bestimmung deutet darauf hin, dass der Bundesrat zur Gewährleistung der *Sicherheit* der Fernmeldeinfrastrukturen Bestimmungen erlassen kann. Die Bestimmung in Art. 96h VE-FDV sieht hingegen Massnahmen bei einer Störung der Stromversorgung aufgrund einer Strommangellage bzw. eines Stromausfalls vor. Dabei geht es jedoch nicht um einen Aspekt der genügenden Sicherheit der Fernmeldeinfrastruktur gegen etwaige (digitale) Sicherheitsrisiken *von aussen* im Sinne von äusseren Einwirkungen durch Dritte, sondern um die Problematik einer *de-facto* Einschränkung der tatsächlichen Verfügbarkeit der Fernmeldedienstleitung aufgrund von höherer Gewalt («Force Majeure»). Folglich lässt sich der Aspekt der Pflicht der Mobilfunkkonzessionärinnen zur Vorbereitung auf Störungen der Stromversorgung nur schwer systematisch der Bestimmung zur Gewährung der bestmöglichen *Sicherheit* der Mobilfunkanlagen zuordnen.

66 Zur systematischen Auslegungsmethode gehört ferner die verfassungskonforme Auslegung.⁷³ Demgemäss sind Rechtsnormen so auszulegen, dass sie

⁷² Vgl. oben, Rz. 60.

⁷³ WIEDERKEHR/RICHLI, N 983.

mit den ihnen übergeordneten Rechtssätzen auf Verfassungsstufe in Einklang stehen. Sind mehrere Auslegungen möglich, soll jene gewählt werden, welche der Verfassung am meisten entspricht, soweit diese von dem mit den massgeblichen Auslegungselementen ermittelten Normsinn nicht ausgeschlossen wird.⁷⁴ Eine verfassungskonforme Auslegung gilt insbesondere dann als zulässig, wenn der Normtext lückenhaft, zweideutig oder unklar ist.⁷⁵

67 Wie bereits im Rahmen der grammatikalischen Auslegungsmethode dargelegt⁷⁶, ist der Wortlaut von Art. 48a FMG als offen und unbestimmt zu bezeichnen. Aus diesem Grund ist auch der verfassungskonformen Auslegung Beachtung zu schenken. Dass die vorgeschlagene Bestimmung von Art. 96h VE-FDV das Legalitätsprinzip ebenso verletzt wie die Eigentumsgarantie, ist nachfolgend darzulegen.⁷⁷

68 Zusammenfassend deutet auch die systematische Auslegung darauf hin, dass die Delegationsnorm in Art. 48a Abs. 2 FMG nicht auch die Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung, wie dies in Art. 96h VE-FDV geregelt ist, umfasst.

2.4 Die historische Auslegung

69 Die historische Auslegung stellt auf den Sinn ab, den einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gegeben wurde. Zu ermitteln ist dieser Sinn teils aus dem Willen des historischen Gesetzgebers, wie er sich aufgrund der Materialien ergibt (subjektiv-historische Auslegung), teils aus den allgemeinen Anschauungen und Zeitumständen im Umfeld der Gesetzgebung (objektiv-historische Auslegung).⁷⁸ Bei Erlassen kommt den Materialien zur Entstehung einer Gesetzesnorm eine besondere Stellung zu.⁷⁹ Darunter fallen namentlich Gesetzesentwürfe, amtliche Berichte, Botschaften des Bundesrates und Protokolle der

⁷⁴ Vgl. BGE 137 I 351 E. 3.7; BGE 137 I 31 E. 2; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1033.

⁷⁵ Vgl. BGE 137 I 31 E. 2; BGE 123 I 112 E. 21; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1034.

⁷⁶ Vgl. oben, Rz. 60 f.

⁷⁷ Vgl. Ziff. III.4.2.

⁷⁸ Vgl. in Bezug auf die Verfassungsgebung TSCHANNEN, N 161.

⁷⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 101.

Ratsverhandlungen.⁸⁰ Die historische Auslegung hat insbesondere bei der Anwendung jüngerer Normen erhöhte Relevanz.⁸¹ Dabei ist aber gefordert, dass die Auffassung des Gesetzgebers zweifelsfrei eruiert werden kann oder die streitige Frage in den Materialien klar beantwortet wird. Fehlt es hingegen an einer klaren Antwort, kann darauf nicht abgestellt werden.⁸²

70 In der **Botschaft des Bundesrates** zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017⁸³ ist der Hintergrund der Gesetzesrevision dargelegt. Demgemäss habe die Welt der Telekommunikation in den letzten zehn Jahren eine beispiellose Entwicklung durchlaufen. Mit der vorliegenden Revision des FMG solle diesem Wandel Rechnung getragen werden. Ausserdem solle weiterhin ein wirksamer Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten sowie ein ausreichender Schutz der Benutzerinnen und Benutzer vor Missbräuchen garantiert werden.⁸⁴ Inhaltlich sehe die Vorlage gemäss Bundesrat Änderungen bei den Bestimmungen zum Notruf sowie bezüglich Sicherheit von Informationen und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten vor.⁸⁵

71 Unter dem Abschnitt «Notrufdienst und wichtige Landesinteressen» führt der Bundesrat aus, dass der Telekommunikationssektor geprägt sei durch ein hohes Entwicklungstempo. Bereits heute würden viele Fernmeldedienstanbieterinnen Massnahmen zum Schutz vor Cyber-Angriffen von Anlagen und Geräten treffen, die mit Fernmeldenetzen verbunden sind. Die gesetzliche Grundlage für gewisse der zum technischen Schutz potenziell notwendigen Handlungen sei für die Fernmeldedienstanbieterinnen bisher aber nicht oder nur ausnahmsweise im Fall eines Notstands gegeben. Das Gesetz sei daher entsprechend zu ergänzen. Es bestehe schliesslich auch ein öffentliches Interesse, diesen Schutz von Anlagen und Geräten als Pflicht für Fernmeldedienstanbieterinnen in das Fernmeldegesetz aufzunehmen.⁸⁶

⁸⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 103.

⁸¹ BGE 138 II 440 E. 13; BGE 131 I 74 E. 4.2; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 574; TSCHANNEN, N 161.

⁸² WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1017 f.; BGE 148 II 475 E. 431.

⁸³ BBI 2017 6559.

⁸⁴ BBI 2017 6559, S. 6560.

⁸⁵ BBI 2017 6559, S. 6561.

⁸⁶ BBI 2017 6559, S. 6574.

- 72 Das Hauptziel der Notrufregulierung sei demgemäss, die gesetzliche Grundlage so zu optimieren, dass Menschen in Not auch künftig möglichst rasch die bestmögliche Hilfe von den im Einzelfall zuständigen Notruforganisationen erhalten. Die Wirksamkeit der Notrufdienstregulierung solle im Einklang mit der technischen Entwicklung sichergestellt bleiben. Mit einer Pflicht zur Bekämpfung von Cyber-Angriffen solle sodann in erster Linie eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, die den Anbieterinnen Rechtssicherheit hinsichtlich entsprechender Massnahmen verschafft. Weiter solle die Gesellschaft dadurch besser vor solchen Angriffen geschützt werden.⁸⁷ Für den Fall, dass die Vorkehrungen der Anbieterinnen nicht greifen sollten, werde dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt, detailliertere Bestimmungen zu erlassen.⁸⁸
- 73 Unter dem Abschnitt «Wichtige Landesinteressen» hält der Bundesrat fest, dass die Sicherheit von Fernmeldeinfrastrukturen, -diensten und Informationen für das Funktionieren von Wirtschaft und Gesellschaft von grosser Bedeutung sei. Die entsprechenden Voraussetzungen zu schaffen, sei dabei grundsätzlich Sache der Fernmeldediensteanbieterinnen. Die moderne Telekommunikation sei jedoch sowohl wichtiger als auch anfälliger geworden (Stromabhängigkeit, Gefahr von Cyber-Angriffen usw.) und ihre Härting gegenüber solchen Gefahren sei von grossem öffentlichem Interesse. Mit der Revision solle die gesetzliche Grundlage zur Regelung der wichtigen Landesinteressen klarer und im Vergleich zum geltenden Recht unmissverständlich geregelt werden. Dabei solle die Kompetenz zum Erlass entsprechender Bestimmungen beim Bundesrat liegen. Im Bereich der Sicherheit solle insbesondere neu eine Bestimmung eingeführt werden, mit welcher die Fernmeldediensteanbieterinnen verpflichtet werden, Cyber-Angriffe zu bekämpfen.⁸⁹
- 74 In den Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln hält der Bundesrat hinsichtlich Art. 48a FMG Folgendes fest: Der Bundesrat hätte beschlossen, neu auch eine Bestimmung vorzusehen, gemäss welcher die Fernmeldediensteanbieterinnen

⁸⁷ BBl 2017 6559, S. 6574 f.

⁸⁸ BBl 2017 6559, S. 6604.

⁸⁹ BBl 2017 6559, S. 6589.

Cyber-Angriffe bekämpfen müssten. So müssten Anbieterinnen neu die unbefugte Manipulation von Fernmeldeanlagen durch fernmeldetechnische Übertragungen bekämpfen.⁹⁰

75 Der bisherige Art. 48a FMG sollte dem Bundesrat ermöglichen, die Sicherheit in der Telekommunikation zu verbessern. Gestützt darauf legte der Bundesrat in der Fernmeldeverordnung einerseits die Pflicht der Fernmeldedienstanbieterinnen zur Meldung von Störungen im Betrieb ihrer Netze fest. Andererseits delegierte er den Erlass technischer und administrativer Vorschriften über die Handhabung der Sicherheit von Informationen, über die Meldepflicht bei Störungen und über andere Massnahmen zur Sicherheit und Verfügbarkeit der Fernmeldeinfrastruktur und -dienste an das BAKOM.⁹¹

76 Im Bereich der Sicherheit und Verfügbarkeit der Fernmeldeinfrastruktur und -dienste seien in der Zwischenzeit verschiedene nationale Strategien entwickelt worden, die insbesondere für künftige Regelungen auf Verordnungsstufe relevant sein würden. Diese Strategien widmeten sich grossmehrheitlich dem Thema der Digitalisierung und der Cyber-Risiken und Gefahren.⁹²

77 Die Botschaft besagt weiter, dem Bundesrat solle mit Art. 48a Abs. 2 FMG neu ermöglicht werden, auch wichtige gesetzesvertretende Normen zu erlassen – nicht nur Vollzugsbestimmungen, für deren Erlass gemäss Art. 62 Abs. 2 FMG ohnehin das BAKOM zuständig sei. Wichtige gesetzesvertretende Normen auf Verordnungsstufen müssten im Gesetz hinreichend bestimmt sein. Deshalb sei der Begriff der «Sicherheit und Verfügbarkeit» genauer herausgearbeitet und der Inhalt des geltenden Artikels 48a als Delegationsnorm präzisiert worden. Schliesslich würden Mittel und Zweck der Bestimmung präzisiert und der Rahmen möglicher Anordnungen des Bundesrates in Form einer abschliessenden Aufzählung abgesteckt.⁹³

⁹⁰ BBl 2017 6559, S. 6650; Art. 48a FMG wurde am 24. März 2006 ins FMG aufgenommen, ist am 1. April 2007 in Kraft getreten und lautete wie folgt: «Der Bundesrat kann für die Sicherheit und Verfügbarkeit der Fernmeldeinfrastrukturen und -dienste technische und administrative Vorschriften erlassen».

⁹¹ BBl 2017 6559, S. 6650.

⁹² BBl 2017 6559, S. 6650 f.; zum Inhalt der Strategien siehe BBl 2017 6559, S. 6650.

⁹³ BBl 2017 6559, S. 6651.

- 78 Die erwähnten Strategien bezüglich Cyber-Risiken und kritischen Infrastrukturen, die neue Pflicht der Ferndienstanbieterinnen zur Bekämpfung von Cyber-Angriffen sowie die präzisierende Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Sicherheitsbestimmungen würden schliesslich die Anliegen des Postulats Schmid-Federer 11.3906 «IKT-Grundlagengesetz» erfüllen.⁹⁴
- 79 Gemäss Wortlaut des **Postulats Schmid-Federers** hatte der Bundesrat zu prüfen, inwiefern der Bundesversammlung ein Informations- und Kommunikations (IKT)-Grundlagengesetz unterbreitet werden könnte. Zum einen sei ein Bedarf an einem Grundlagengesetz für die Datenverkehrsnetze auszumachen. Zum anderen solle der Bund die Möglichkeit erhalten, auf private fernmelde-technische Verbreitung von Informationen einheitlich regulierend einzuwirken – analog zur Regelung des Strassenverkehrs. Zu denken seien etwa an Minimalanforderungen, die ein Internetanbieter zu erfüllen habe, um die Geschäftstätigkeit aufnehmen zu können, oder an minimale Informationssicherheitsanforderungen an die Unternehmen, z.B. im Falle eines Cyber-Angriffes.⁹⁵
- 80 In der Stellungnahme des Bundesrates auf das Postulat weist dieser einerseits auf bereits bestehende Schutzmechanismen und -infrastrukturen hin und kündigt andererseits die Prüfung an, ob Gesetze oder Strukturen verbessert werden müssen. Der Bundesrat beantragte die Annahme des Postulats.⁹⁶
- 81 Aus dem **Amtlichen Bulletin** geht hervor, dass dem Entwurf des Bundesrates zu Art. 48a FMG in der Beratung des Geschäfts im Nationalrat in der Herbst-session vom 28. September 2018 zugestimmt wurde; im Ständerat wiederum wurde dem Beschluss des Nationalrates zugestimmt.⁹⁷
- 82 Mit dem **Fernmeldebericht 2014**⁹⁸ gleiste der Bundesrat seinerzeit die Revision des Fernmeldegesetzes auf⁹⁹, weshalb der amtliche Bericht im Rahmen

⁹⁴ BBI 2017 6559, S. 6652.

⁹⁵ Postulat Schmid-Federer, Begründung.

⁹⁶ Postulat Schmid-Federer, Stellungnahme des Bundesrates vom 23. November 2011.

⁹⁷ Amtliches Bulletin 2018 N 1712 / BO 2018 N 1725, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44450>; Amtliches Bulletin 2018 S 839 / BO 2018 E 839, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44722>.

⁹⁸ Fernmeldebericht 2014 des Bundesrats zur Entwicklung im schweizerischen Fernmeldemarkt und zu den damit verbundenen gesetzgeberischen Herausforderungen, Bericht des Bundesrats vom 19. November 2014 in Erfüllung des Postulats 13.3009.

⁹⁹ Fernmeldegesetz, Revision, Geschäft des Bundesrats Nr. 17.058, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170058> [zuletzt besucht: 20. Dezember 2023].

der historischen Auslegung ebenfalls der Berücksichtigung bedarf. Der Bundesrat legte darin eine Bestandesaufnahme des schweizerischen Fernmelde- markts vor. Der Fernmeldebericht 2014 gelangte zum Schluss, dass das gel- tende Fernmeldegesetz für viele Fragen keine adäquaten Antworten mehr be- reit hält und deshalb revidiert werden müsse.¹⁰⁰ Mit Bezug auf die Sicherheit und Verfügbarkeit von Netzen und Daten wird im Bericht die Frage aufgewor- fen, ob die Fernmeldegesetzgebung Mindestanforderungen an die Netzsicher- heit und -verfügbarkeit vorsehen sollte. Ebenso wird festgehalten, dass die Fernmeldedienstleisterinnen heute nicht gehalten seien, über die getroffenen Massnahmen zur Sicherung der Resilienz ihrer Netze, namentlich zur Sicher- stellung einer Notstromversorgung, Rechenschaft abzulegen. Der Bericht be- leuchtete rechtsvergleichend auch andere europäische Staaten und stellte un- ter anderem fest, dass einzig Grossbritannien Richtlinien kenne, wonach bei Glasfaseranschlüssen eine Notstromversorgung über Batterie von einer Stunde sichergestellt werden muss. Mit Blick auf die geltende Rechtslage im schweizerischen Fernmelderecht resümiert der Bericht, dass der Erlass von technischen und administrativen Vorschriften (vgl. aArt. 48a FMG) nicht genü- gen dürfte, um den Netzbetreiberinnen konkrete, allenfalls in Grundrechtsposi- tionen wie Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit eingreifende Verpflichtun- gen in Bezug auf die Netzverfügbarkeit und Netzsicherheit aufzuerlegen. Im Interesse der Sicherung der erforderlichen Handlungsfähigkeit erscheine die Verankerung einer Kompetenz des Bundesrates, entsprechende Vorschriften bei Bedarf auf Verordnungsstufe zu erlassen, erforderlich.¹⁰¹

83 Im Abschnitt zum Umfang der Vernehmlassungsvorlage zum Fernmeldegesetz hält der Fernmeldebericht fest, dass es einer weitergehenden Kompetenz des Bundesrats bedarf, um Netzbetreiberinnen erforderlichenfalls konkret zur Här- tung ihrer Infrastruktur verpflichten zu können.¹⁰²

¹⁰⁰ Bundesamt für Kommunikation BAKOM, Organisation, Rechtliche Grundlagen, Geschäfte des Bundesrats, Evaluation zum Fernmelde- markt, Fernmeldebericht 2014, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundes- ratsgeschaefte/fernmeldebericht-2014.html> [zuletzt besucht: 20. Dezember 2023].

¹⁰¹ Fernmeldebericht, S. 39 f.

¹⁰² Fernmeldebericht, S. 64.

84 In Würdigung des soeben Dargelegten ist im Rahmen der historischen Auslegung von Art. 48a FMG Folgendes in Betracht zu ziehen:

85 Im Fernmeldebericht, der als Ausgangspunkt der Revision des Fernmeldegesetzes zu sehen ist, wird verschiedentlich der Revisionsbedarf des geltenden Fernmelderechts, insbesondere des Fernmeldegesetzes betont. Im Bereich der Sicherheit und Verfügbarkeit von Netzen und Daten wird ein Fokus auf die Sicherstellung der Notstromversorgung gelegt, wofür auch ein rechtsvergleichender Blick in andere europäische Staaten geworfen wird. In der Schweiz fehle aber eine gesetzliche Grundlage im Fernmeldegesetz, um den Netzbetreiberinnen allenfalls in Grundrechtspositionen eingreifende Verpflichtungen in Bezug auf die Netzverfügbarkeit und Netzsicherheit aufzuerlegen. Im Interesse der Sicherung der erforderlichen Handlungsfähigkeit erscheine die Verankerung einer Kompetenz des Bundesrates, entsprechende Vorschriften bei Bedarf auf Verordnungsstufe zu erlassen, erforderlich.¹⁰³ Konkret wird der Bundesrat, wenn er sagt, dass es einer weitergehenden Kompetenz des Bundesrats bedürfe, um Netzbetreiberinnen erforderlichenfalls zur Härtung ihrer Infrastruktur verpflichten zu können.¹⁰⁴ Daraus geht grundsätzlich hervor, dass der Bundesrat im Kontext des Fernmeldeberichts im Zusammenhang mit der Revision von Art. 48a FMG ursprünglich die Pflicht der Netzbetreiberinnen zur Härtung ihrer Sendeanlagen in Form einer Delegationsnorm verankern wollte.

86 Die bundesrätliche Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes aus dem Jahr 2017 stellt jedoch die Gewährung eines ausreichenden Schutzes der Benutzerinnen und Benutzer vor Missbräuchen in den Fokus, weshalb die Vorlage auch Änderungen bei den Bestimmungen zum Notdienst sowie bezüglich Sicherheit von Informationen und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten vorsah.¹⁰⁵ Allgemein fällt auf, dass der Schutz vor und die Bekämpfung von Cyber-Angriffen in der Botschaft besonderes Gewicht zukommt. Im Abschnitt «Notrufdienst und wichtige Landesinteressen», in welchem sich der Bundesrat mit der Revision des Art. 20 FMG befasst, geht es hauptsächlich darum, dass

¹⁰³ Vgl. oben, Rz. 82.

¹⁰⁴ Vgl. oben, Rz. 83.

¹⁰⁵ Vgl. oben, Rz. 70.

der Schutz von Anlagen und Geräten vor Cyber-Angriffen als Pflicht für Fernmeldedienstanbieterinnen in das Fernmeldegesetz aufgenommen werden soll¹⁰⁶ und der Bundesrat – für den Fall, dass die Vorkehrungen der Anbieterinnen nicht greifen sollten – die Kompetenz eingeräumt werden soll, detailliertere Bestimmungen zu erlassen.¹⁰⁷ Im Abschnitt «Wichtige Landesinteressen» führt der Bundesrat ebenso aus, dass die Härtung gegenüber Gefahren wie Stromabhängigkeit, Cyber-Angriffen usw. stets zentraler werde. Die Kompetenz zum Erlass entsprechender Bestimmungen solle dabei beim Bundesrat liegen. Im Bereich der Sicherheit solle insbesondere neu eine Bestimmung eingeführt werden, mit welcher die Fernmeldedienstanbieterinnen verpflichtet werden, Cyber-Angriffe zu bekämpfen.¹⁰⁸

87 Aus den Materialien ergibt sich zunächst ohne weiteres, dass Art. 48a Abs. 1 FMG einzig die Bekämpfung von Cyber-Angriffen adressiert. Vor dem Hintergrund des klaren Fokus der Revision des Art. 48a FMG – wie im Übrigen der Revision des Fernmeldegesetzes im Allgemeinen – auf die Sicherstellung von Cyber-Sicherheit und Bekämpfung von unbefugter Manipulation der Fernmeldeanlagen, liegt aber ebenso der Schluss nahe, dass auch Absatz 2 hauptsächlich Massnahmen gegen zentrale Gefahren wie Cyber-Angriffe ansprechen soll. Die Notstromversorgung stand im Zeitpunkt der Publikation der Botschaft im Jahr 2017 nicht mehr im Fokus des Bundesrates. Trotz den Vorarbeiten im genannten Fernmeldebericht 2014 wird das Thema in der Botschaft ein einziges Mal nebenbei aufgegriffen, ohne dass aber spezifisch die Strommangellage erwähnt würde und nur von der Stromabhängigkeit die Rede ist. Im Kontext des neuen Absatzes 2 spricht der Bundesrat zwar von der Härtung gegen Gefahren für die moderne Telekommunikation, ohne dass aber die Stromabhängigkeit nochmal aufgegriffen würde, geschweige denn, dass Strommangel zum Thema gemacht wird.¹⁰⁹ Mit anderen Worten geht aus den Ausführungen des Bundesrates nicht hervor, dass die Bestimmungen «zum Schutz vor Gefahren, zur Vermeidung von Schäden und zur Minimierung von

¹⁰⁶ Vgl. oben, Rz. 71.

¹⁰⁷ Vgl. oben, Rz. 72.

¹⁰⁸ Vgl. oben, Rz. 73.

¹⁰⁹ Vgl. oben, Rz. 73.

Risiken» auch die Gefahr des Stromausfalls bzw. der Strommangellage umfasst. Ferner wird die Gefahr der «Stromabhängigkeit» auch nicht weiter konkretisiert und dahingehend präzisiert, ob darunter die Gefahr des Stromausfalls oder auch die Gefahr der Strommangellage mitgemeint wird. Dass der Bundesrat letztlich das Thema bei weitem noch nicht ausreichend aufgearbeitet hatte, zeigt sich auch darin, dass er erst im Jahre 2018 das UVEK beauftragt hatte, einen Bericht zur Härtung der Mobilfunkanlagen für den Fall von Strommangellagen zu erstellen.¹¹⁰ Mithin konnte es im Jahr 2017 somit auch nicht in der Absicht des Bundesrates gelegen haben, mit Art. 48a FMG ebenso den Fall der Strommangellage und des Stromausfalls zu regeln. Der Bericht dazu (Strommangellage – Härtung der Mobilfunknetze) wurde zudem erst im Jahr 2021 publiziert, somit rund zwei Jahre, nachdem die eidgenössischen Räte am 22. März 2019 Art. 48a FMG in der heute gültigen Fassung verabschiedet hatten.

88 Des Weiteren besagt der Bundesrat zu Absatz 2, dass dieser dem bisherigen Art. 48a FMG entspreche, gemäss welchem der Bundesrat für die Sicherheit und Verfügbarkeit der Fernmeldeinfrastrukturen und -dienste technische und administrative Vorschriften erlassen kann. In der Zwischenzeit seien im Bereich der Sicherheit und Verfügbarkeit der Fernmeldeinfrastruktur und -dienste verschiedene nationale Strategien – grossmehrheitlich zum Thema der *Digitalisierung* und der *Cyber-Risiken* und *Gefahren* – entwickelt worden, die für künftige Regelungen auf Verordnungsstufe relevant sein würden¹¹¹ und damit Anlass für die Erweiterung des bestehenden Art. 48a FMG geben. Diese Ausführungen verstärken wiederum die Auffassung, dass auch Absatz 2 dem Bundesrat Kompetenzen primär im Bereich der Bekämpfung von Cyber-Risiken übertragen soll.

89 Obschon der Bundesrat in der Botschaft selbst anführt, dass wichtige gesetzesvertretende Normen auf Verordnungsstufe im Gesetz hinreichend bestimmt sein müssen, mangelt es dem in der Revision angedachten und heute in Kraft stehendem Art. 48a Abs. 2 FMG jedenfalls dann an der notwendigen Bestimmtheit, wenn Grundrechte eingeschränkt werden sollen und ein schwerer Eingriff

¹¹⁰ Bericht Strommangellage, Härtung der Mobilfunknetze, S. 2.

¹¹¹ Vgl. oben, Rz. 76.

in die Rechtsstellung der Mobilfunkkonzessionärinnen erfolgen soll.¹¹² Es bleibt namentlich trotz Konsultation der Botschaft des Bundesrates unklar, was der Gesetzgeber mit der Formulierung «zum Schutz vor Gefahren, zur Vermeidung von Schäden und zur Minimierung von Risiken» genau gemeint hat. Gerade aufgrund dieser Unbestimmtheit und wegen des Fokus auf den Schutz vor Cyber-Gefahren, ist Absatz 2 primär als Delegationsnorm zu verstehen, die dem Bundesrat in erster Linie Kompetenzen im Bereich der Bekämpfung von Cyber-Gefahren überträgt.

90 Schliesslich sagt die Botschaft nichts zum Adressaten der neuen Bestimmungen aus, welche der Bundesrat gestützt auf die Delegationsbestimmung erlassen kann, d.h. wer bspw. für die vorgesehene Härtung der Mobilfunknetze pflichtig sein soll. Das fällt insbesondere deshalb auf, weil der Bundesrat unter dem Abschnitt «Notruf und Landesinteressen», welcher die Ergänzung der gesetzlichen Grundlage für die Ergreifung von Massnahmen zum technischen Schutz gegen Cyber-Angriffen vorsieht, klar im Sinne einer unmittelbaren Pflicht für *Ferndienstanbieterinnen*¹¹³ ausgestalten will. Erst für den Fall, dass die Vorkehrungen der Anbieterinnen nicht greifen sollten, sollte dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt, detailliertere Bestimmungen zu erlassen.¹¹⁴ Mithin soll die Ausschöpfung der Delegationskompetenz nur subsidiär erfolgen, wenn die Massnahmen gegen Cyber-Angriffe nicht genügten.

91 Aus dem Amtlichen Bulletin können keine anderen Schlüsse gezogen werden, hat doch sowohl der Nationalrat als erstbehandelnder Rat, wie auch anschliessend der Ständerat dem Entwurf des Bundesrates zugestimmt und keine Anträge gestellt.¹¹⁵ Dies ist letztlich auch nicht weiter verwunderlich in Anbetracht der Tatsache, dass der Bericht Strommangellage – Härtung der Mobilfunknetze erst zwei Jahre später, im Jahr 2021 publiziert wurde.

¹¹² Vgl. dazu auch vorne Rz. 42 und 45 ff.

¹¹³ Vgl. dazu die Legaldefinition des Begriffs «Fernmeldedienst» in Art. 3 lit. b FMG.

¹¹⁴ Vgl. oben, Rz. 71 f.

¹¹⁵ Vgl. oben, Rz. 81.

- 92 Ferner lässt sich auch aus der Aussage des Bundesrates zum Postulat Schmid-Federer, wonach unter anderem die präzisierende Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Sicherheitsbestimmungen die Anliegen des Postulats Schmid-Federer 11.3906 «IKT-Grundlagengesetz» erfüllen würden,¹¹⁶ ableiten, dass die Delegationsnorm im Fernmeldegesetz primär Regelungen betreffend die Bekämpfung von Cyber-Gefahren umfassen soll. So hatte der Bundesrat gemäss Wortlaut des Postulates namentlich zu prüfen, ob Minimalanforderungen festzusetzen seien, die ein Internetanbieter zu erfüllen hat, um die Geschäftstätigkeit aufnehmen zu können, oder an minimale Informationssicherheitsanforderungen an die Unternehmen, z.B. im Falle eines *Cyber-Angriffes*.¹¹⁷
- 93 Im Fernmeldebericht machte der Bundesrat im Zusammenhang mit der Revision von Art. 48a FMG zwar klar den Bedarf der Verabschiedung einer gesetzlichen Pflicht der Netzbetreiberinnen zur Härtung ihrer Mobilfunkantennenstandorte aus. Dieses Ziel liess er jedoch, wenn man die Botschaft zur Revision von Art. 48a FMG analysiert, weitgehend wieder fallen.
- 94 Das Ergebnis der historischen Auslegung ist namentlich gestützt darauf, dass der Fernmeldebericht und die Aussagen in der Botschaft widersprüchlich sind, nicht restlos klar. Allerdings zeigt der im Jahr 2018 an das UVEK erteilte Auftrag zur Klärung der Härtung von Mobilfunkanlagen bei Strommangellagen, dass der Bundesrat im Zeitpunkt des Entwurfs von Art. 48a FMG, somit im Jahr 2017, das Thema auch noch nicht aufgearbeitet hatte. Während der Bundesrat noch im Fernmeldebericht im Kontext der Revision des Fernmeldegesetzes die Verabschiedung einer gesetzlichen Grundlage für die Pflicht zur Härtung als erforderlich kommunizierte, finden sich in der Botschaft aus dem Jahr 2017 höchstens sehr vage Hinweise auf die Problematik und dies nur unter dem Begriff der *Stromabhängigkeit*. Die Tatsache, dass der Bundesrat die Problematik der Strommangellage parallel und unabhängig von der aufgelegten Gesetzesrevision von Art. 48a FMG behandelte, lässt im Rahmen der historischen Ausle-

¹¹⁶ Vgl. oben, Rz. 78.

¹¹⁷ Vgl. oben, Rz. 79.

gung erhebliche Zweifel daran erkennen, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat einen derart grossen Entscheidungsspielraum hätte einräumen wollen, wie er nun in Art. 96h VE-FDV vorgesehen ist.. Denn hätte der Bundesrat mit der Revision von Art. 48a FMG tatsächlich die Härtung der Mobilfunkanlagen im Hinblick auf Strommangellagen und Stromausfälle bezweckt, hätte er dies in der Botschaft entsprechend zum Ausdruck gebracht und sich nicht derart auf die Cyber-Sicherheit fokussiert und das Thema praktisch ausgeblendet.

95 Weil die Materialien und das gesamte Vorgehen des Bundesrates den Schluss nicht zulassen, mit Art. 48a FMG hätte ebenso die Härtung der Mobilfunkanlagen bei Strommangellagen und Stromausfällen geregelt werden sollen, kann aus diesen auch nicht abgeleitet werden, dass dem Bundesrat der entsprechende Entscheidungsspielraum zukommt.¹¹⁸

2.5 Die teleologische Auslegung

96 Die teleologische Auslegung stellt auf die Zweckvorstellung ab, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist (sog. «Ratio Legis»)¹¹⁹. In der Regel wird die teleologische Auslegung mit einer geltungszeitlichen Auslegung kombiniert; gefragt wird also nach Sinn und Zweck einer Norm im Lichte der je aktuellen Gegebenheiten und Wertvorstellungen.¹²⁰

97 Der Zweck von Art. 48a Abs. 2 FMG ist darin zu sehen, dem Bundesrat im Sinne einer Delegationsnorm Kompetenzen im Bereich der Sicherheit von Informationen und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten zu übertragen und ihn zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungsbestimmungen zu ermächtigen. Durch den Erlass der in der Kompetenz des Bundesrates stehenden Verordnungsbestimmungen soll die Sicherheit der Mobilfunknetze erhöht werden und damit die Sicherstellung eines konstanten Mobilfunkbetriebes gewährleistet werden. Das ist insbesondere vor dem Hintergrund des raschen

¹¹⁸ Vgl. vorne, Rz. 69.

¹¹⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 120.

¹²⁰ BGE 141 II 262 E. 5.2; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 574.

Wandels in der Telekommunikationsbranche und der Erhöhung des Schutzes gegen Gefahren von Relevanz.

98 So kann der Bundesrat zum Schutz vor Gefahren, zur Vermeidung von Schäden und zur Minimierung von Risiken Bestimmungen über die Sicherheit von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten betreffend die Verfügbarkeit von Fernmeldediensten erlassen. Bezweckt ist damit grundsätzlich die Erhöhung der Sicherheit gegenüber jeglichen Gefahren, welche die Information oder die Fernmeldeinfrastrukturen und -dienste beeinträchtigen könnten. Nichtsdestotrotz bezweckt der Art. 48a FMG insgesamt, die Sicherheit in der Telekommunikation als kritische Infrastruktur zu verbessern und nicht primär, die Mobilfunkkonzessionärinnen zu Massnahmen im Falle eines Stromausfalles bzw. einer Strommangellage zu verpflichten. Dies ist nicht primär ein Aspekt der fehlenden Sicherheit von Fernmeldediensten, sondern der Gewährleistung einer konstanten Stromversorgung der Mobilfunknetze. Die Mobilfunkkonzessionärinnen können jegliche Vorschriften zur Sicherheit von Mobilfunkanlagen einhalten und doch im Falle eines Stromausfalles bzw. einer Strommangellage ihre Fernmeldedienstleistungen dennoch nicht anbieten. Bei genauerem Hinsehen handelt es sich denn auch bei der Resilienz des Mobilfunknetzes gegen Strommangellagen und Stromausfällen – wie bereits erwähnt – nicht um einen Aspekt der genügenden Sicherheit der Fernmeldeinfrastruktur, sondern um die Abwehr der Gefahren vor höherer Gewalt, was mit dem Begriff der «Sicherheit» nicht erfasst wird.

99 Weil Art. 48a Abs. 2 FMG den Erlass von Bestimmungen über die *Sicherheit* von Information und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten bezweckt, spricht auch die teleologische Auslegung dafür, dass die Delegationsnorm in Art. 48a Abs. 2 FMG nicht auch den Erlass von Ordnungsbestimmungen betreffend die Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen der Stromversorgung umfassen kann.

3. Fazit der Gesetzesauslegung

100 Art. 48a FMG wurde mit Hilfe der grammatikalischen, systematischen, historischen und teleologischen Methode ausgelegt. Die grammatikalische Auslegungsmethode zeigt auf, dass der Gesetzestext grundsätzlich als zu vage und unbestimmt einzustufen ist, um daraus für die betroffenen Mobilfunkkonzessionärinnen mit genügender Verbindlichkeit eine Pflicht zur Härtung ihrer Sendemasten abzuleiten. Die historische Auslegung von Art. 48a FMG ergab, dass die Materialien keineswegs eine Antwort darauf geben, ob mit Art. 48a FMG ebenso die Strommangellage und Stromausfälle erfasst werden sollen. Gegenteilig zeigt die historische Auslegung, dass dem Bundesrat im Zeitpunkt der Publikation der Botschaft im Jahr 2017 noch gar nicht sämtliche Berichte vorlagen, die notwendig sind, um die Strommangellagen und -ausfälle legislatorisch zu erfassen. Die systematische und teleologische Auslegung führt denn auch zum Schluss, dass die Bestimmung in Art. 48a Abs. 2 FMG primär der Bekämpfung der die Sicherheit der Fernmeldeinfrastruktur bedrohenden Cyber-Gefahren und Risiken dient, somit sich der Begriff der Sicherheit gemäss Art. 48a Abs. 2 FMG auf die Abwehr von äusseren Auswirkungen bezieht und nicht auf Strommangellagen und Stromausfälle, welche in erster Linie infolge einer höheren Gewalt eintreten.

101 Insgesamt ergeben die klassischen Auslegungselemente, dass die im geltenden Fernmeldegesetz enthaltene (Delegations-)Norm die Härtung der Mobilfunknetze gegen Störungen in der Stromversorgung nicht vorsieht, weshalb der vorgeschlagene Art. 96h VE-FDV sich auch insofern nicht auf Art. 48a FMG abstützen kann. Es kann somit auch nicht unterstellt werden, der Gesetzgeber hätte sich über die strengen Anforderungen des Legalitätsprinzips gemäss Art. 5 BV und Art. 164 BV hinwegsetzen und dem Bundesrat die Kompetenz einräumen wollen, die Grundrechte der Mobilfunkkonzessionärinnen mit der Auferlegung schwerwiegender Pflichten einschränken zu dürfen.

102 Nachfolgend ist zu prüfen, inwiefern ebenso die Grundrechte der Mobilfunkkonzessionärinnen betroffen sind und ob die Einschränkung der Grundrechte zu-

lässig ist. Dies ist der Fall, wenn sich der Eingriff auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen kann, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 BV). Dass die gesetzliche Grundlage in Art. 48 Abs. 2 FMG zum Erlass von Art. 96h VE-FDV nicht ausreicht, wurde soeben eingehend erläutert. Es ist somit nachfolgend der Frage nachzugehen, ob die vorgesehene Verordnungsbestimmung (i) eine Einschränkung von Grundrechten der Mobilfunkkonzessionärinnen zur Folge hat und (ii) ob die Einschränkung der Grundrechte zulässig ist.

4. Würdigung der Massnahmen- und Kostentragungspflicht aus grundrechtlichen Gesichtspunkten

4.1 Vorbemerkungen

103 Die von Art. 96h VE-FDV betroffenen Mobilfunkkonzessionärinnen (Salt, Sunrise und Swisscom) verfügen über die im Februar 2012 sowie Januar 2019 durch das BAKOM versteigerten Mobilfunkfrequenzen.¹²¹ Swisscom verfügt überdies über eine Grundversorgungskonzession.¹²²

104 Die Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch.¹²³ Mit der Konzession wird das Recht des Staates zur Ausübung einer Tätigkeit oder zur Nutzung einer öffentlichen Sache auf den Konzessionär übertragen.¹²⁴ Dritte werden während der Konzessionsdauer von der konzessionierten Tätigkeit ausgeschlossen.¹²⁵ Die Konzessionen begründen ein komplexes öffentlich-rechtliches Pflicht- und Abhängigkeitsverhältnis und verleihen dem Konzessionär wohlverworbene Rechte, die aufgrund ihrer besonderen Rechtsbeständigkeit unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen¹²⁶ und

¹²¹ Vgl. oben, Rz. 11.

¹²² Am 15. Mai 2023 hat die ComCom die Swisscom zur Grundversorgungskonzessionärin für den Zeitraum ab 2024 bis Ende 2031 bestimmt, Bundesamt für Kommunikation BAKOM, Telekommunikation, Grundversorgung, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/grundversorgung-im-fernmeldebereich.html> [zuletzt besucht: 22. Dezember 2023].

¹²³ BGE 143 II 598 E. 4.1.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2718 und 2736.

¹²⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2725.

¹²⁵ BGE 142 I 99 E. 2.4.3.

¹²⁶ Vgl. BGE 142 II 517 E. 3; BGE 142 I 99 E. 2.4.3; BGE 128 I 3 E. 3b; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2721.

nur unter einschränkenden Voraussetzungen entzogen oder eingeschränkt werden kann.¹²⁷

105 Es ist zwischen rechtlichen und faktischen Monopolen zu unterscheiden. Rechtliche Monopole zeichnen sich dadurch aus, dass sie eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit kraft Rechtssatzes ausschliesslich der staatlichen Ausübung vorbehalten.¹²⁸ Faktische staatliche Monopole liegen demgegenüber vor, wenn «das Gemeinwesen kraft seiner Herrschaft» über eine öffentliche Sache private Personen «von einer ihnen an sich verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst».¹²⁹ Im Falle eines faktischen Monopols kann der Staat die Privaten mittels *Sondernutzungskonzessionen* zur ausschliesslichen Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch berechtigen.¹³⁰

106 Die Mobilfunkkonzession, über welche die drei Mobilfunkkonzessionärinnen verfügen, ist als Sondernutzungskonzession einzustufen, mit welcher der Staat öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zur ausschliesslichen Nutzung überträgt (faktisches Monopol).

4.2 Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)

4.2.1 Geltungsbereich bei wohlerworbenen Rechten

107 Gemäss Art. 26 Abs. 1 BV ist die Eigentumsgarantie gewährleistet. Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt (Art. 26 Abs. 2 BV). Auf die Eigentumsgarantie berufen können sich natürliche und juristische Personen.¹³¹ Nicht restlos klar ist weiterhin, inwieweit das Bundesgericht öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform die Trägerschaft der Eigentumsgarantie zuerkennt.¹³² Die Lehre geht jedoch zu Recht davon aus, dass dort, wo ein öffentliches Unternehmen keine Staatsauf-

¹²⁷ Was dem Schutz getätigter Investitionen dient, BGE 142 I 99 E. 2.4.3; BGE 138 II 575 E. 4.5; BGE 130 II 18 E. 3.2.

¹²⁸ BGE 143 II 598 E. 4.1.1.

¹²⁹ BGE 128 I 3 E. 3b; ZOLLINGER, in: AJP 2021, S. 388.

¹³⁰ WINISTÖRFER, S. 482.

¹³¹ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 30 N 8.

¹³² Vgl. dazu den bereits erwähnten BGE 131 II 13 E. 6.4, das Bundesgericht liess die Frage letztlich offen.

gabe erfüllt und durch einen staatlichen Akt gleich wie eine Privatperson betroffen ist, sich das Unternehmen ebenso auf die Grundrechte berufen kann.¹³³ Schutzobjekt der Eigentumsgarantie ist nicht eine menschliche Tätigkeit oder Eigenschaft, sondern ein durch die Rechtsordnung geschaffenes Institut.¹³⁴ Die Eigentumsgarantie schützt neben dem Eigentum im Sinne des Privatrechts auch andere vermögenswerte Rechte wie wohlerworbene Rechte, worunter auch Rechte aus Konzessionen fallen.¹³⁵

108 Konzessionen verleihen dem Konzessionär somit wohlerworbene Rechte¹³⁶, die aufgrund ihrer besonderen Rechtsbeständigkeit unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und dem Vertrauensschutz stehen.¹³⁷

109 Wohlerworbene Rechte sind auf eine besondere Weise begründet, nämlich im gegenseitigen Vertrauen zwischen dem Staat und dem Träger des Rechts darauf, dass die Rechtsbeziehung auf eine bestimmte Dauer grundsätzlich unverändert bleiben und einen verstärkten Schutz, namentlich vor späteren Eingriffen durch den Gesetzgeber geniessen soll, weshalb sie sich ebenso auf das Vertrauensprinzip nach Art. 9 BV abstützen.¹³⁸ In den Worten des Bundesgerichts hat dies folgende Rechtswirkung: *«Einzig die sogenannten "wohlerworbenen Rechte" weisen eine erhöhte Rechtsbeständigkeit auch gegenüber nachträglichen Gesetzesänderungen auf. Zwar sind auch diese Rechte in ihrem Bestand nicht absolut geschützt, d.h. in sie darf aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses, gestützt auf eine gesetzliche Grundlage und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, eingegriffen werden. Eingriffe in die "Substanz" des Rechts müssen jedoch nach Rechtsprechung und Lehre entschädigt werden, auch unterhalb der Schwelle der materiellen Enteignung.»*¹³⁹ Dieser verstärkte Schutz dient namentlich dem Schutz von erheblichen Investitionen, die ansonsten von Privaten nicht getätigt würden.¹⁴⁰ Bei der Anerkennung solcher Rechte aufgrund einer Konzessionierung steht

¹³³ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5 N 24. PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Diss. Bern 2005, S. 168 ff.

¹³⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH § 30 N 10; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 26 N 4.

¹³⁵ Vgl. BGE 126 II 171 E. 3b.

¹³⁶ Vgl. oben, Rz. 104.

¹³⁷ Vgl. BGE 145 II 140 E. 4.3.; BGE 142 II 517 E. 3; BGE 142 I 99 E. 2.4.3; BGE 128 I 3 E. 3b; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2721.

¹³⁸ BGE 145 II 140 E. 4.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1237.

¹³⁹ BGE 145 II 140 E. 4.2.

¹⁴⁰ So bei Konzession, vgl. BGE 132 II 485 E. 9.5; BGE 145 II 140 E. 4.3.

der Schutz des Konzessionärs in seinen *unternehmerischen Dispositionen* im Vordergrund. Er bedarf insofern mit Blick auf seine Investitionen einer gewissen Sicherheit über die finanziellen Lasten aus der Konzession und über die Konzessionsdauer und muss die Rentabilität kalkulieren können, weshalb der Staat das Leistungsverhältnis nicht nachträglich zu seinen Gunsten ändern darf.¹⁴¹

110 Wohlerworbene Rechte und insbesondere aus den Konzessionen fließende wohlerworbene Rechte können somit nur unter einschränkenden Voraussetzungen entzogen oder eingeschränkt werden kann.¹⁴² Insbesondere ist die Substanz dieser Rechte zu wahren, namentlich wenn der Gesetzgeber wie vorliegend aus übergeordneten öffentlichen Interesse, die nicht finanzieller bzw. fiskalischer Natur sind und direkt das Leistungsverhältnis betreffen,¹⁴³ eine Einschränkung als geboten erachtet. Ist die Substanz beeinträchtigt, können die wohlerworbenen Rechte nur auf dem Weg der Enteignung entzogen oder beschränkt werden. Die Substanz der wohlerworbenen Rechte ist dann nicht mehr gewahrt, wenn die Wirtschaftlichkeit und die Rentabilität der konzessionierten Tätigkeit betroffen sind. Bei der Prüfung, ob die Wirtschaftlichkeit betroffen ist, steht die Frage im Vordergrund, ob es um eine Änderung der Rahmenbedingungen geht, die im Zeitpunkt der Konzessionserteilung die Grundlage für die Kalkulation bildeten und Anlass gaben, das Werk zu realisieren. Es geht darum, dass die Konzessionärin davon ausgehen darf, dass das finanzielle Gleichgewicht, welches gestützt auf das bei Konzessionserteilung geltende Recht, angenommen wurde während des Konzessionsverhältnisses erhalten bleibt und sich nicht derart verschiebt, dass die Tragbarkeit in Frage gestellt wird.¹⁴⁴ Relevant ist, dass die Konzessionärin innerhalb der Konzessionsdauer die Investitionen abschreiben, die Kosten decken und das investierte Eigenkapital angemessen verzinsen kann, was wiederum die genannte ausreichende Rentabilität voraussetzt. Stellt der staatliche Eingriff diese Mindestrentabilität in Frage, ist die wirtschaftliche Tragbarkeit nicht mehr gegeben.¹⁴⁵

¹⁴¹ BGE 132 II 485 E. 9.5.; BGE 145 II 140 E. 4.4.

¹⁴² Was dem Schutz getätigter Investitionen dient, BGE 142 I 99 E. 2.4.3; BGE 138 II 575 E. 4.5; BGE 130 II 18 E. 3.2.

¹⁴³ BGE 126 II 171 E. 4b.

¹⁴⁴ RIVA, S. 159 f.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 126 II 171 E. 4c.; RIVA, S. 58 f., 114.

111 Das Bundesgericht hat einen Eingriff in die wirtschaftliche Tragbarkeit dementsprechend dort verneint, wo die Investitionen bereits abgeschrieben waren und wichtige öffentliche Interessen in Frage standen. Konkret ging es darum, dass Wassernutzungskonzessionen nicht unbefristet gelten können, sondern eine Konzessionsdauer von 80 Jahren für die kostspieligen Investitionen genügen müsste. Das Bundesgericht betonte, dass die Tragweite der Substanzerhaltung ebenso durch eine Abwägung der in Frage stehenden Interessen festzustellen sei.¹⁴⁶ Damit in die Substanz des wohlverworbenen Rechts eingegriffen werden darf, muss somit für die öffentlichen Interessen auch ein entsprechender Gewinn resultieren.¹⁴⁷ Bei diesem Kriterium geht es allerdings primär um die Frage, ob der Eingriff in das wohlverworbene Recht überhaupt zulässig ist und nicht um die Frage, ob ein solcher Eingriff entschädigungslos hinzunehmen ist.¹⁴⁸

112 Im vorliegenden Fall haben die Fernmeldedienstanbieterinnen erhebliche Beträge in den Erwerb von Konzessionen für den Ausbau der Mobilfunktechnologie 5G investiert und Konzessionen erworben mit einer Laufzeit bis 2034. Insgesamt wurden hierfür rund 380 Millionen Franken bezahlt, die der Bund vereinnahmen konnte.¹⁴⁹ Bereits dieser Betrag ist erheblich. Gestützt auf die erteilten Konzessionen haben die Konzessionärinnen sodann in den Ausbau dieser Technologie zu investieren. Gemäss Ziff. 2.3 kommt den Konzessionärinnen der Frequenzen von 703 bis 733 MHz und 758 bis 788 MHz die Pflicht zu, bis Ende Dezember 2024 50% der Bevölkerung mit den entsprechenden Mobilfunkdiensten über eigene Infrastruktur zu versorgen. Soweit die konzessionierten Nutzungsrechte keine 700 MHz FDD Frequenzen erhalten, müssen 25% der Bevölkerung der Schweiz mit Mobilfunkdiensten über die eigene Infrastruktur versorgt werden.¹⁵⁰

¹⁴⁶ BGE 127 II 69 E. 5 a und b; dazu BGE 145 II 140 E. 4.4.; der Gesetzgeber sieht für Wassernutzungskonzessionen eine Dauer von 80 Jahren vor. Art. 58 WRG; ebenso RIVA, S. 58.

¹⁴⁷ RIVA, S. 60.

¹⁴⁸ RIVA, S. 120 f.

¹⁴⁹ Vorne, Rz. 11.

¹⁵⁰ <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/frequenzen-antennen/vergabe-der-mobilfunkfrequenzen/mobilfunkfrequenzen-5G-vergeben.html> / Ausschreibungsunterlagen, Anhang V: Musterkonzession Ziff. 2.3.

113 Betrachtet man die Investitionen insgesamt, zeigt sich, dass die zusätzlichen, mit der Härtung der Mobilfunkanlagen gemäss Art. 96h VE-VDF von den Mobilfunkkonzessionärinnen verlangten Investitionen von bis zu 150 Millionen Franken *jährlich* die ursprünglich angenommene Wirtschaftlichkeit massiv beeinträchtigen wird. Bereits der jährlich vorgesehene Betrag von 150 Millionen Franken entspricht rund 39% der dem Bund bereits bezahlten Konzessionsabgaben von 380 Millionen Franken. Nach lediglich zweieinhalb Jahren ist der bereits bezahlte Betrag für die Konzessionsabgabe von 380 Millionen Franken erreicht und haben sich die Kosten bereits verdoppelt; in nur sechseinhalb Jahren belaufen sich die Kosten für die vorgesehene Härtung der Mobilfunkanlagen auf rund eine Milliarde Franken. Damit liegt ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der bereits bezahlten Konzessionsabgabe und den jährlich zu leistenden Betriebs- und Investitionskosten für die die Härtung der Mobilfunkanlagen vor. Die ursprüngliche Wirtschaftlichkeitsberechnung der Mobilfunkkonzessionärinnen wird sich massiv zu ihren Lasten verändern. Damit wird auch das finanzielle Gleichgewicht im Sinne der Gesamrelation, das sich aus der bisher geltenden Rechtsordnung und namentlich aus den bisher vorhandenen Pflichten der Konzessionärinnen ergibt, derart deutlich gestört und sich zu Lasten der Mobilfunkkonzessionärinnen verschieben, dass dieses als wirtschaftlich nicht tragbar einzustufen ist. Die Mobilfunkkonzessionärinnen hätten im Rahmen der Auktion der Konzessionen keineswegs derart hohe Angebote unterbreitet, wenn sie bei der Versteigerung der Frequenzen bereits davon Kenntnis gehabt hätten, in welchem Umfang und mit welchen Zusatzinvestitionen sie ihre Infrastruktur gegen Strommangellagen und -ausfälle jährlich zu härten haben. Mithin haben die betroffenen Mobilfunkkonzessionärinnen ebenso erhebliche Dispositionen getroffen, die sie nicht mehr rückgängig machen können. Insofern wird auch das Vertrauensprinzip verletzt.¹⁵¹

4.2.2 Vorbehalt der Rechtsänderung in der Konzession

114 Die Rechtsprechung lässt die Wohlerworbenheit der Konzessionsrechte nur insofern gelten, als sich aus der Konzession ergibt, dass diese auch eingeräumt

¹⁵¹ Vgl. HÄFLIN/MÜLLER/UHLAMNN, Rz. 659 f.

wurden. Vorbehaltsklauseln der Rechtsänderung können die Wohlerworbenheit einschränken. Werden wohlerworbene Rechte eingeschränkt, reichen allerdings allgemeine Klauseln, dass die künftige Gesetzgebung vorbehalten bleibt, nicht aus. Vielmehr muss sich der Vorbehalt konkret auf das Recht beziehen, gegenüber welchem die Wohlerworbenheit eingeschränkt werden bzw. nicht gelten soll.¹⁵²

115 Gemäss Ziff. 1.3 der Konzession (in der Fassung vom 17. April 2019)¹⁵³ wird in Abs. 1 bloss ein allgemeiner Vorbehalt bezüglich der Rechtsänderungen angebracht, wobei gerade ein Verweis auf die FDV fehlt. In Ziff. 1.2.1, auf welche Ziff. 1.3 Abs. 1 verweist, wird die FDV als massgebliches Recht nicht erwähnt, sondern einzig das FMG, die FKV und die GebV-FMG sowie die Fernmeldegebührenverordnung UVEK. Die FDV, deren Änderung vorliegend in Frage steht, wird erst in Ziff. 1.2.2 der Konzession erwähnt, auf welche Ziff. 1.3 Abs. 1 der Konzession (in der Fassung vom 17. April 2019) jedoch gerade nicht verweist. Mithin kann daraus geschlossen werden, dass sich selbst der allgemein gehaltene Vorbehalt der Rechtsänderung nicht auch auf Änderungen der FDV bezieht. Der Vorbehalt der Rechtsänderung steht folglich der Wohlerworbenheit der bestehenden Pflichten bzw. der Tatsache, dass die in der Konzession enthaltenen Pflichten und der zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung in der FDV vorgesehenen Pflichten als abschliessend zu verstehen sind, nicht entgegen.

116 Art. 24e FMG, auf den die Konzession (in der Fassung vom 17. April 2019) in Ziff. 1.3 Abs. 2 ausdrücklich verweist, sieht zwar die Anpassung der Konzession an veränderte rechtliche Verhältnisse vor, wenn die Änderung oder der Widerruf zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist (Abs. 1). Bei einem Widerruf oder bei einer wesentlichen Schmälerung hat der Bund die Konzessionärin jedoch angemessen zu entschädigen (Abs. 2). Aus Ziff. 1.3 Abs. 2 der Konzession ergibt sich zugleich, dass die Anwendung des neuen Rechts zunächst einer Konzessionsänderung bedarf, welche die Voraussetzungen von Art. 24e FMG einhält. Art. 96h VE-FDV zielt jedoch darauf ab, unmittelbar und ohne Änderung der Konzessionen angewendet zu werden, was sich auch aus

¹⁵² BGE 126 II 171 E. 4c/aa; BVGer, A-3129/2008 E. 7.4.

¹⁵³ Zum Wortlaut von Ziff. 1.3 der Konzession vgl. vorne, Rz. 12.

der Übergangsbestimmung von Art. 108d VE-FDV ergibt. Mit dem vorgesehenen Art. 96h VE-FDV werden dementsprechend neue Pflichten begründet, die entgegen Art. 24e Abs. 1 FMG nicht ebenso in die Konzession aufgenommen werden sollen, sondern unmittelbar durch den Verordnungsgeber durchgesetzt werden sollen. Dies ist jedoch – auch weil ein rechtsgenügender Vorbehalt in der Konzession fehlt – nicht zulässig, zumal vorliegend wie erwähnt wohlerworbene Rechte betroffen sind.¹⁵⁴

117 Anzufügen ist folglich, dass Art. 96h VE-FDV auch Art. 24e FMG verletzt. Es soll weder eine Anpassung der Konzessionen erfolgen, noch soll im Einzelfall die in Art. 24e Abs. 1 FMG erwähnte Gewichtung der öffentlichen Interessen vorgenommen werden. Ganz abgesehen davon klammert Art. 96h VE-FDV die Entschädigungsfrage vollständig aus, obwohl Art. 24e Abs. 2 FMG den verfassungsmässigen Anspruch gemäss Art. 26 Abs. 2 BV bestätigt.

4.2.3 Einschränkungen der wohlerworbenen Rechte

118 Weil wohlerworbene Rechte unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen, ist allgemein vorausgesetzt, dass der Eingriff auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 1 BV).

119 Was die *gesetzliche Grundlage* angeht, kann auf das vorne Ausgeführte verwiesen werden. Es wurde aufgezeigt, dass für diese schweren Eingriffe in die Rechtsstellung der Mobilfunkkonzessionärinnen Art. 48a Abs. 2 FMG namentlich wegen seiner unbestimmten Formulierung keine ausreichende Delegationsnorm i.S. von Art. 164 BV darstellt und die Auslegung von Art. 48a Abs. 2 FMG ergibt, dass dem Bundesrat auch kein Entscheidungsspielraum eingeräumt wurde, den Mobilfunkkonzessionärinnen die Pflicht aufzuerlegen, ihre Mobilfunkinfrastruktur für Stromausfälle und Strommangellagen zu härten, mithin Art. 48a Abs. 2 FMG diesen Fall nicht regelt.

¹⁵⁴ Vgl. Auch FISCHER/SIDLER, SBVR V I, S. 135.

120 Geht es um wohlverworbene Rechte, hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich die Zulässigkeit einer Rechtsänderung auch am Gewinn für das verfolgte *öffentliche Interesse* beurteile. Dieses Kriterium bildet ebenso Bestandteil der Prüfung der *Verhältnismässigkeit einer Massnahme*.¹⁵⁵

121 Im vorliegenden Fall besteht wohl ein erhebliches öffentliches Interesse daran, die Mobilfunkanlagen so zu härten, dass das Mobilfunknetz auch bei Stromausfällen und Strommangellagen genutzt werden kann. Der Bundesrat weist im erläuternden Bericht darauf hin, dass in der Schweiz eine sehr hohe Nutzungsdichte der Mobilfunkinfrastruktur besteht und dementsprechend ein Ausfall dieser Infrastruktur ein sehr hohes Schadenspotential in sich birgt. Der Bundesrat erwähnt in seinem erläuternden Bericht ein Schadenspotential allein für den Ausfall der Mobilfunkinfrastruktur von 16 Milliarden Franken.¹⁵⁶ Für den Ausfall der Fernmeldedienste bei einem Stromausfall, der meistens regional bleibt, führt der Bundesrat ein Schadenspotential von 0.3 Milliarden Franken an.¹⁵⁷ Mit der Revision der Fernmeldeverordnung bezweckt der Bundesrat, dieses Schadenspotential erheblich zu reduzieren. Der Bundesrat erwägt, dass das beste Kosten-Nutzen-Verhältnis entsteht, wenn sich die Massnahme nur gegen Strommangellagen richten würde und das Kosten-Nutzenverhältnis bei Einbezug der Stromausfälle um rund 45 Millionen Franken reduziere, was jedoch im Hinblick darauf, dass Notrufe auch bei Stromausfällen garantiert sein müssen, verworfen wurde.¹⁵⁸

122 Bei der Gewichtung des unbestreitbar sehr hohen öffentlichen Interesses ist allerdings ebenso zu berücksichtigen, dass die Erteilung der Mobilfunkkonzessionen im April 2019 nach durchgeführter Auktion vom 29. Januar 2019 bis zum 7. Februar 2019 erfolgte. Der Bundesrat hatte jedoch bereits am 7. Dezember 2018 das UVEK zusammen mit dem WBF und dem VBS beauftragt, die Härtung der Mobilfunknetze durch Notstromversorgung zu prüfen.¹⁵⁹ Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb der Bundesrat bzw. das UVEK und das BAKOM

¹⁵⁵ Vgl. vorne, Rz. 110.

¹⁵⁶ Erläuternder Bericht, S. 2 f.

¹⁵⁷ Erläuternder Bericht, S. 3.

¹⁵⁸ Erläuternder Bericht, S. 4.

¹⁵⁹ Bericht Strommangellage, Härtung der Mobilfunknetze, S. 8.

die Auktion der Funkkonzession, die bei den Mobilfunkkonzessionärinnen erhebliche Kosten von 380 Millionen Franken verursachte, im Rahmen der Auktion nicht festhielt, dass die Erwerberinnen der Konzession gegebenenfalls mit weiteren massiven Kosten zur Härtung der Mobilfunkanlagen zu rechnen hätten. Dies ist umso mehr der Fall, als die entsprechenden Bestrebungen noch weiter zurückliegen und im Fernmeldebericht 2014 aufgegriffen wurden. Auch wenn sich weitere neuere Erkenntnisse über mögliche Strommangellagen erst seit kürzerem, d.h. seit ca. 2021 einstellten und im Zusammenhang mit der Gasmangellage im Jahr 2022 auch spürbar wurden, erweisen sich die Massnahmen nicht als derart dringlich, dass sie umgehend eingeführt werden müssten.

- 123 Dies zeigt sich auch darin, dass den Mobilfunkkonzessionärinnen in Art. 108d VE-FDV eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2029 eingeräumt wird, um den Notrufdienst zu gewährleisten und für die Gewährleistung der anderen Dienste bis zum 31. Dezember 2032 Zeit besteht. Der Bundesrat hält im erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage unter dem Titel Umsetzung fest, dass die Mobilfunkkonzessionärinnen sich zwar mit den Grundeigentümern einigen müssten oder Ersatzstandorte zu suchen hätten. Dass dies jedoch nicht ohne weiteres möglich ist und langwierige Verfahren zur Folge haben wird, wird übergangen. Zurzeit ist es so, dass hunderte von Rechtsverfahren namentlich gegen den Ausbau des Mobilfunknetzes mit der 5G-Technologie hängig sind. Es ist damit zu rechnen, dass die Umsetzung mit dem Ziel, die Erreichbarkeit von 99% der Kundinnen und Kunden mit gehärteten Mobilfunkanlagen zu gewährleisten, nicht sichergestellt werden kann. Mithin ist nicht auszuschliessen, dass dieses Ziel während der Dauer der Konzession nicht erreichbar sein wird. Insofern besteht auch kein überwiegendes öffentliches Interesse, in die durch die Mobilfunkkonzession eingeräumten wohlerworbenen Rechte einzugreifen.

4.2.4 Frage der Entschädigung

- 124 Werden wohlerworbene Rechte eingeschränkt, sind diese gestützt auf Art. 26 BV voll zu entschädigen. Art. 24e Abs. 2 FMG spricht von einer angemessenen

Entschädigung, wenn die übertragenen Rechte widerrufen oder wesentlich geschmälert werden. Weshalb der Bericht des BAKOM zur Strommangellage erwägt, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für eine Kostenbeteiligung des Bundes zur Härtung der Mobilfunkanlagen fehle, ist im Hinblick auf Art. 24e FMG nicht nachvollziehbar.¹⁶⁰ Soweit das BAKOM die Rechtsgrundlagen im Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz (BZG) und Landesversorgungsgesetz (LVG) suchte, trifft es zwar zu, dass dort keine Rechtsgrundlage für Beiträge des Bundes zu finden sind. Allerdings handelt es sich bei den Rechtsgrundlagen in diesen Gesetzen, die nicht auf Fernmeldediensteanbieterinnen anwendbar sind, um Bestimmungen über Subventionen des Bundes. In der vorliegenden Konstellation geht es jedoch um eine Enteignungsentschädigung, die von Subventionen klar zu unterscheiden ist und welche auch keine weitere Rechtsgrundlage benötigen würde, sondern sich direkt auf Art. 26 Abs. 2 BV abstützen lässt.

125 Allerdings hat der Gesetzgeber in Art. 24e Abs. 2 FMG spezifisch für die Mobilfunkkonzessionärinnen eine Rechtsgrundlage geschaffen. Art. 24e Abs. 2 FMG nimmt gemäss seinem Wortlaut die Voraussetzungen auf, wann eine Entschädigung für den Eingriff in die Konzessionsrechte geschuldet ist. Dieser Eingriff muss wesentlich sein. In verfassungskonformer Auslegung dieser Bestimmung bedeutet dies, dass die Entschädigung dann geschuldet ist, wenn der Eingriff des Gesetzgebers das mit der Konzession erreichte Gleichgewicht der Rechte und Pflichten bzw. von Aufwand und Ertrag erheblich stört und sich die Gesamtelation in entsprechend erheblichem Umfang zu Lasten der Konzessionärin verschiebt. Die Entschädigung ist dann angemessen, wenn die ursprüngliche diese Gesamtelation wiederhergestellt ist.

¹⁶⁰ Bericht Strommangellage, Härtung des Mobilfunknetzes, S. 2.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

A. Zusammenfassung

126 Das Gutachten kommt zum Schluss, dass Art. 48a FMG keine genügende Rechtsgrundlage darstellt, um als gesetzliche Grundlage für die Auferlegung einer Pflicht der Mobilfunkkonzessionärinnen zur Härtung der Mobilfunkanlagen bei Strommangellage und Stromausfällen zu dienen und sich die neue, vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung in Art. 96h VE-FDV nicht auf Art. 48a FMG abstützen kann. Art. 48a Abs. 2 FMG erfüllt namentlich die Anforderungen an die Rechtssetzungsdelegation gemäss Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 164 BV in diesem Bereich nicht. Sie sagt nichts darüber aus, in welchem Ausmass Schäden und Risiken bekämpft werden sollen und wer Adressat der Gesetzesbestimmung ist. Sodann lässt die Norm auch offen, welcher Art die Eingriffe in die Rechtsstellung der Mobilfunkkonzessionärinnen sein sollen und welchen Umfang diese aufweisen können. Um als Grundlage für schwere Eingriffe in die Grundrechte zu dienen, ist die Regelung zu unbestimmt formuliert. Auch werden die Grundzüge der Verordnungsbestimmung, wie sie in Art. 96h VE-FDV vorliegt, in Art. 48a FMG nicht aufgezeigt. Die Verordnung widerspricht damit ebenso Art. 164 Abs. 1 BV, wonach wichtige Bestimmungen im Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein müssen. Art. 96h VE-FDV enthält jedoch eine wichtige Bestimmung, weil der Eingriff in die Rechtsstellung der Mobilfunkkonzessionärinnen sehr schwer wiegt und zu erheblichen zusätzlichen finanziellen Belastungen führt. Letztere werden ebenso die Konsumentinnen und Konsumenten betreffen, weshalb beinahe die gesamte Bevölkerung betroffen ist.

127 Die Auslegung von Art. 48a FMG hat gezeigt, dass die Bestimmung ihrem Wortlaut nach sehr offen formuliert ist und in Abs. 2 unspezifisch die Vermeidung von Schäden und die Minimierung von Risiken anspricht. Deshalb ist, um den wahren Sinn der Norm zu ermitteln, gestützt auf die weiteren Auslegungsmethoden der historischen, systematischen und teleologischen Methode auszulegen. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass Art. 48a FMG nicht ebenso

die Härtung von Mobilfunkanlagen für die Strommangellage und für den Stromausfall regelt. Die historische Auslegung hat gezeigt, dass im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Botschaft 2017 und beim Erlass des Gesetzes 2019 das Risiko von Cyberangriffen im Vordergrund stand und die Fragen in Bezug auf die Strommangellage bzw. auf den Stromausfall erst nach der Publikation von Art. 48a FMG innerhalb der Exekutive weiter abgeklärt und der massgebliche Bericht zur Strommangellage – Härtung des Mobilfunknetzes erst nach Erlass von Art. 48a FMG, nämlich im Jahr 2021, publiziert wurde. Damit kann die von der Praxis verlangte eindeutige Antwort, dass auf die Materialien überhaupt abgestellt werden darf, nicht gefunden werden. Gegenteilig lassen die Materialien schliessen, dass diese Frage noch ausgeklammert blieb. Die systematische Auslegung zeigt, dass mit Art. 48a FMG Gefahren und Risiken durch aktive Einwirkungen von aussen wie namentlich durch Cyber-Angriffe bzw. unbefugte Manipulationen geregelt werden und nicht Fälle von äusseren Einschränkungen infolge höherer Gewalt, dies ergibt sich namentlich aus dem Zusammenhang mit Art. 48a Abs. 1 FMG. Bei der teleologischen Auslegung ist zu beachten, dass der Bundesrat gemäss Art. 48a Abs. 2 FMG Bestimmungen über die *Sicherheit* von Informationen und Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten erlassen soll. Es geht somit darum, dass die Sicherheit der Mobilfunkanlagen erhöht werden soll und nicht darum, die konstante Stromversorgung zu gewährleisten.

128 Die weitere Untersuchung hat sodann ergeben, dass der Bundesrat mit dem Erlass von Art. 96h VE-FDV wohlerworbene Rechte der Mobilfunkkonzessionärinnen einschränken würde. Als wohlerworbene Rechte gelten diejenigen Bestimmungen in der Konzession, welche für die Konzessionärin massgeblich sind, damit sie ihren Investitionsentscheid fällen und sich für das Eingehen des Konzessionsverhältnisses entscheiden kann. Die in der Konzession eingeräumten Rechte und Pflichten stehen in einer Gesamtrelation, welche beim Investitionsentscheid massgebend sind. Mit Art. 96h VE-FDV wird diese ursprünglich vorhandene Gesamtrelation in massiv zu Lasten der Konzessionärinnen vorschoben, indem diese bereits für den Erwerb der Konzessionen 380 Millionen Franken bezahlen müssten und nunmehr gestützt auf Art. 96h VE-FDV zusätzlich jährlich rund 150 Millionen Franken investieren müssten. Es

liegt ein offensichtliches Missverhältnis vor, welche die wirtschaftliche Tragbarkeit der vorgesehenen Massnahme derart erheblich beeinträchtigt, dass sie unter dem Blickwinkel der wohlerworbenen Rechte nicht hingenommen werden kann.

129 An der Wohlerworfenheit ändert auch nichts, dass die Mobilfunkkonzessionen vom April 2019 allgemein eine Rechtsänderung vorbehalten haben. Die Vorbehaltsbestimmung zeigt, dass sie sich gerade nicht auf Änderungen der FDV bezieht und zudem jedenfalls Art. 24e FMG zu beachten ist. Ganz abgesehen davon verlangt die bundesgerichtliche Praxis, dass sich – um die Wohlerworfenheit der eingeräumten Konzessionsrechte einzuschränken – der Vorbehalt im Zusammenhang mit den konkreten Konzessionsbestimmungen genannt werden muss.

130 Die wohlerworbenen Rechte stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 und des Vertrauensprinzips nach Art. 9 BV. Diese Grundrechte garantieren, dass die Investitionen geschützt werden. Werden sie aus überwiegenden öffentlichen Interessen zu Recht eingeschränkt, ist jedenfalls gestützt auf Art. 26 BV eine Entschädigung geschuldet, wobei Art. 24e FMG den entsprechenden Schutzbereich von Art. 26 BV konkretisiert.

131 Einschränkungen der Grundrechte sind nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig. Diese Voraussetzungen vermag Art. 96h VE-FDV jedoch bereits deshalb nicht einzuhalten, weil Art. 48a FMG keine genügende gesetzliche Grundlage darstellt, um den Mobilfunkkonzessionärinnen derart weitreichende Massnahmen- und Kostenfolgepflichten aufzuerlegen.

132 Ob im vorliegenden Fall der Eingriff in die Konzessionsrechte überhaupt durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden kann, ist ebenfalls sehr fraglich und wird an dieser Stelle verneint. Eine Notwendigkeit, in die wohlerworbenen Rechte einzugreifen, besteht bereits in zeitlicher Hinsicht nicht. Wenn bereits der Fernmeldebericht 2014 das Thema der Strommangel-lage aufgriff, der Bericht zuhanden des Bundesrates für den Bereich der Mobilfunkanlagen jedoch erst 2021 vorlag, ist nicht ersichtlich, weshalb es notwendig

ist, die zwischenzeitlich den Mobilfunkkonzessionärinnen eingeräumten wohl-erworbenen Rechte einzuschränken. Zudem bestehen sehr lange Übergangsfristen, die zum Schluss führen, dass für die Einschränkung der wohlerworbenen Rechte auch kein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

133 Selbst wenn die Einschränkung der Eigentumsgarantie zulässig wäre, müsste hierfür eine Entschädigung bezahlt werden. Dies ergibt sich nicht nur aus Art. 26 Abs. 2 BV, sondern auch aus Art. 24e FMG, welcher bei wesentlichen Änderungen der Konzession verlangt, dass eine angemessene Entschädigung bezahlt wird. Die Entschädigung ist insoweit und in demjenigen Umfang zu leisten, als die Gesamtelation zwischen den Rechten und Pflichten wiederhergestellt wird.

B. Beantwortung der Gutachtensfragen

1. Bildet Art. 48a FMG eine genügende gesetzliche Grundlage nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 BV für eine Delegation an den Bundesrat zum Erlass einer gesetzesvertretenden Verordnung, die Mobilfunkkonzessionärinnen zu Massnahmen zur Härtung ihrer Mobilfunkinfrastruktur bei Strommangellagen und Stromausfällen verpflichtet?

Es liegt keine gültige Gesetzesdelegation vor. Art. 48a FMG ist insbesondere hinsichtlich des Ausmasses und des Gegenstandes zu unbestimmt formuliert. Sie erfüllt die Delegationsvoraussetzungen nach Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 164 BV nicht, weshalb sich Art. 96h VE-FDV nicht darauf abstützen kann

2. Was ist der Geltungsbereich von Art. 48a FMG: Enthält diese Bestimmung überhaupt eine Regelung der Massnahmen zur Härtung der Mobilfunkinfrastruktur bei Strommangellagen und Stromausfällen?

Die Auslegung von Art. 48a FMG führt zum Schluss, dass mit dieser Bestimmung Massnahmen zur Härtung der Mobilfunkinfrastruktur bei Strommangellagen und Stromausfällen nicht geregelt ist und damit auch insofern keine genügende gesetzliche Grundlage darstellt, um die Mobilfunkkonzessionärinnen durch Art. 96h VE-FDV dazu zu verpflichten. Der Wortlaut von Art. 48a FMG ist

zwar offen. Doch zeigt die historische, teleologische und systematische Auslegung, dass mit dieser Bestimmung die Sicherheit der Mobilfunkinfrastruktur vor Cyber-Angriffen und nicht die konstante Stromversorgung und die Härting der Infrastruktur bei Strommangellagen und Stromausfällen gemeint ist. Dies stellt keine äussere Einwirkung durch Dritte dar, sondern höhere Gewalt, die von Art. 48a FMG nicht erfasst ist. Die Materialien haben zudem ergeben, dass der Bundesrat bei der Publikation seiner Botschaft zu Art. 48a FMG noch gar nicht sämtliche Grundlagen zu Strommangellagen und deren Folgen für die Mobilfunkinfrastruktur erarbeitet hatte und selbst im Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes 2019 der massgebliche Bericht dazu noch gar nicht vorlag. Dieser erschien erst im Jahr 2021.

3. Können sich die Mobilfunkkonzessionärinnen gestützt auf ihre Mobilfunkkonzession auf die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) in Verbindung mit dem Schutz von Treu und Glauben (art. 9 BV) und auf wohlerworbene Rechte berufen? Falls wohlerworbene Rechte und die Eigentumsgarantie tangiert sind, wird die Eigentumsgarantie zulässigerweise eingeschränkt?

Art. 96h VE-FDV greift in die wohlerworbenen Rechte der Mobilfunkkonzessionärinnen ein, weil die Gesamtrelation der ursprünglich beim Eingehen der Konzession vorhandenen Rechte und Pflichten massiv zu Lasten der Mobilfunkkonzessionärinnen verschoben wird. Zu den Erwerbskosten der Konzessionen im Gesamtbetrag von 380 Millionen Franken werden für die Härting aktuell weitere 150 Millionen Franken jährlich erwartet, was zur Folge hat, dass in nur rund zweieinhalb Jahren Betriebs- und Investitionskosten in der Grössenordnung des bereits geleisteten Gesamtbetrags von 380 Millionen Franken für den Erwerb der Konzessionen anfallen werden. Damit liegt ein offensichtliches Missverhältnis vor.

Damit können sich die Mobilfunkkonzessionärinnen auf die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV und auf den Vertrauensschutz nach Art. 9 BV berufen. Die Einschränkung der Eigentumsgarantie ist gemäss Art. 36 BV zudem nicht nur deshalb unzulässig, weil Art. 48a FMG keine ausreichende gesetzliche Grundlage hierzu darstellt (dazu Beantwortung von Frage 1), sondern der Eingriff

nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden kann. Der zeitliche Ablauf zeigt, dass die Notwendigkeit des Eingriffs in die wohlerworbenen Rechte nicht gegeben ist und das öffentliche Interesse angesichts der sehr langen Übergangsfristen bis in das Jahr 2032 auch nicht überwiegt.

4. Sind die Mobilfunkkonzessionärinnen für den Eingriff in ihre Rechtsstellung entschädigungsberechtigt?

Weil in die wohlerworbenen Rechte eingegriffen wird, besteht gestützt auf Art. 26 Abs. 2 BV und gestützt auf Art. 24e Abs. 2 FMG ein Anspruch auf eine Entschädigung, welche die Verschiebung des Gleichgewichts zu Lasten der Mobilfunkkonzessionärinnen finanziell ausgleicht.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Isabelle Häner