

Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG)

Erläuternder Bericht (Vernehmlassungsentwurf)

**Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
Bern, Juli 2002**

1 Allgemeiner Teil

1.1 Hintergrund

1.1.1 Der neue europäische Rechtsrahmen

Am 1. Januar 1998 wurde der Fernmeldemarkt in der Schweiz und in der Europäischen Union für den freien Wettbewerb geöffnet. Seither verzeichnet er vor allem wegen der Konvergenz von Telekommunikation, Rundfunk und Informationstechnologien ein rasches Wachstum. Darum begann die Europäische Kommission 1999 eine vollständige Überarbeitung des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens für Telekommunikation, der ursprünglich für die Umstellung vom Monopolbetrieb auf den Wettbewerb entwickelt worden war.

Ein Ziel dieser Revision in der Europäischen Union ist die Vereinheitlichung des Rechtsrahmens: Die Vielzahl der bisher bestehenden Vorschriften wird in sechs Richtlinien, einer Verordnung und einer Entscheidung zusammengefasst (vgl. Ziffer 5). Auch wenn der Übergang zum Marktregime bisher erfolgreich war, soll der neue Rechtsrahmen der Liberalisierung und Harmonisierung des Binnenmarkts neuen Antrieb verleihen. Der Schwerpunkt liegt nun auf der Öffnung der letzten Meile für den Wettbewerb (Entbündelung des Teilnehmeranschlusses). Daneben wurden die Befugnisse der Kommission für die Kontrolle der Entscheide von nationalen Regulatoren verstärkt (Vetorecht der Kommission bei bestimmten nationalen Beschlüssen). Die wichtigste Neuerung ist der Übergang vom System der Einzelgenehmigung zum System der Allgemeingenehmigung, was den Zugang der Anbieterinnen zum Markt für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste stark erleichtert. Die Verwendung von Funkfrequenzen und Nummern bleibt jedoch der Erteilung von Sonderrechten unterworfen.

Der im Frühling 2002 verabschiedete neue europäische Rechtsrahmen muss von den Mitgliedstaaten bis im Sommer 2003 in nationales Recht umgesetzt werden¹. Obwohl die Schweiz weder in der Europäischen Union noch im Europäischen Wirtschaftsraum Mitglied ist, hat sie ein klares Interesse daran, ihre Fernmeldegesetzgebung an jene der Nachbarländer anzupassen. Dies war einer der Gründe für die Gesamtrevision des FMG von 1997. In einem Bereich, der mehr als alle anderen von der zunehmenden Globalisierung der Wirtschaft geprägt ist, bleibt die Übereinstimmung unserer Gesetzgebung mit der EU-Rechtsordnung ein vorrangiges Ziel.

1.1.2 Die Lücken der heutigen Regelung

1.1.2.1 Stand des Wettbewerbs

Seit der Liberalisierung im Fernmeldebereich am 1. Januar 1998 hat sich der Markt bereits in vielfacher Hinsicht positiv entwickelt. So ist die Zahl der Fernmeldeanbieterinnen stark angestiegen. Die Preise bestimmter Dienste, namentlich für nationale und internationale Verbindungen auf dem Festnetz und für

¹ Die Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss wurde bereits am 18. Dezember 2000 erlassen und ist seit dem 1. Januar 2001 in Kraft (Abl. L 336 vom 30.12.2000, S. 4).

Mobilfunkgespräche im Inland, sind deutlich gesunken, und das Dienstleistungsangebot für Unternehmen und Konsumentinnen und Konsumenten hat sich ausserordentlich erweitert. Trotz dieser positiven Entwicklungen gibt es Anlass zur Sorge. Nach vier Jahren Liberalisierung ist festzustellen, dass die ehemalige Monopolistin viele Märkte im Bereich der Festnetzdienste nach wie vor beherrscht². Der breitbandige Internetzugang ist noch kaum verbreitet und entwickelt sich weniger schnell als erhofft. Auch die Interkonktionsverfahren, die auf Grund von Beschwerden verschiedener Fernmeldedienstanbieterinnen gegen die ehemalige Monopolistin geführt wurden, kamen nicht voran und zeigten nicht in allen Fällen die erwünschten positiven Auswirkungen. Diese Schwierigkeiten sind zweifellos Ausdruck der mangelnden Effizienz des Marktes, die in erster Linie auf den fehlenden Zugang der alternativen Anbieter zu den Kundinnen und Kunden zurückzuführen ist. Solange die ehemalige Monopolistin bei Teilnehmeranschlüssen und Mietleitungen eine beherrschende Stellung einnimmt, bleibt dieser Engpass bestehen.

Auf Grund der hohen Kosten für die Errichtung der Infrastruktur ist es für neue Anbieterinnen schwierig, wenn nicht gar unmöglich, der ehemaligen Monopolistin mit gleich langen Spiessen gegenüberzutreten. Diese konnte ihr Netz über einen sehr langen Zeitraum hinweg unter dem Schutz ausschliesslicher Rechte und durch Finanzierung über ihre Monopolrente aufbauen. Somit bleiben die Konkurrentinnen auf die Leistungen der ehemaligen Monopolistin angewiesen, wenn sie ihren Kundinnen und Kunden eigene Dienste anbieten möchten. Dies gilt nicht nur im Bereich der Telefonie, sondern auch bei den Breitband-Datendiensten für den schnellen Internetzugang, die dank neuer Technologien für die verbesserte Ausnutzung der Teilnehmerleitungen (xDSL) oder über Mietleitungen bereitgestellt werden.

Um die Kundinnen und Kunden zu erreichen, gibt es zwar Alternativen wie die Kabelnetze (CATV), die drahtlosen Teilnehmeranschlüsse (Wireless Local Loop) oder das Stromnetz (Power Line Communication). Da sich diese Alternativen aber nicht so leicht und rasch entwickelt haben wie erwartet, drängen sich Lösungen auf, welche die bereits vorhandene Infrastruktur der ehemaligen Monopolistin nutzen. Dazu gehören die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses und die Interkonktion der Mietleitungen. Im Falle der Interkonktion vertrat das Bundesgericht die Ansicht, dass die Swisscom gestützt auf die bestehenden gesetzlichen Grundlagen nicht zur Bereitstellung von Mietleitungen für andere Anbieterinnen zu kostenorientierten Preisen verpflichtet werden kann (*Commcare*-Entscheid). Auf Grund der Erwägungen des Bundesgerichts sah sich die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) gezwungen, das Interkonktionsgesuch von TDC (Sunrise) um Entbündelung des Teilnehmeranschlusses abzuweisen.

Dem schweizerischen Regulator fehlen also noch wichtige Instrumente, um wirksamen Wettbewerb auf allen Ebenen zu fördern. Der mangelnde Wettbewerb im Bereich der letzten Meile wurde vom Internationalen Währungsfonds als beunruhigend genug erachtet, um ihn in seinem jüngsten Bericht über die Wirtschafts- und Finanzlage der

² Neben der Tatsache, dass die Swisscom fast alle Festnetzanschlüsse in der Schweiz bereitstellt, betrug ihr Marktanteil Ende 2001 noch schätzungsweise 83% bei lokalen Verbindungen, 69% bei Ferngesprächen, 55% bei internationalen Verbindungen und 65% bei Anrufen vom Fest- auf das Mobilnetz (Quelle: Company Presentation, Jens Alder, 11 January 2002).

Schweiz zu erwähnen³. Auch der US-Handelsbeauftragte (USTR) wies im Rahmen seiner letzten Überprüfung auf diese Situation hin.

In der im Mai 2002⁴ publizierten Studie “Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich” zieht das deutsche Institut WIK (Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste) für die erste Phase der Liberalisierung des Fernmeldemarktes in der Schweiz eine positive Bilanz. Allerdings gefährdet die in den letzten Monaten deutlich verringerte Marktdynamik im Bereich der klassischen Telefondienste die rasche Entwicklung der Breitbanddienste. Nach Ansicht des WIK würden sich deshalb ohne weitere regulatorische Massnahmen die positiven Wettbewerbseffekte auf dem Sprachtelefonmarkt zurückbilden und die Entstehung von Wettbewerb auf Breitbandmärkten behindert. Konkret empfiehlt das WIK eine Regulierung auf der Vorleistungsebene bei Marktbeherrschung, d.h. die Einführung einer Entbündelungsregelung bei der Teilnehmeranschlussleitung sowie die Regulierung von Mietleitungen und Interkonnektion. Ferner sollte auch der Wiederverkauf von Diensten gefördert werden. Gleichermassen müsste nach Auffassung des WIK im Mobilfunkbereich der Anspruch auf Netzzugang für den Wiederverkauf von Diensten oder für das Betreiben von virtuellen Netzen (MVNO) garantiert werden. Handlungsbedarf besteht auch hinsichtlich der Terminierungsentgelte, die in der Schweiz nur in geringem Ausmass unter Wettbewerbsdruck stehen.

Der Bundesrat hat deshalb den Grundsatzentscheid gefällt, die Mietleitungen und die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses durch eine Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) dem Interkonnektionsregime zu unterstellen. Es sind nun auch auf Gesetzesebene die nötigen Anpassungen vorzunehmen, um die Fragen im Zusammenhang mit dem Zugang zu den Einrichtungen und Diensten der beherrschenden Anbieterin im Hinblick auf eine sektorspezifische *Ex-ante*-Regulierung (vgl. unten) umfassend zu klären.

1.1.2.2 Befugnisse des Regulators

Im Gegensatz zu den Regulatoren in der EU hat die ComCom lediglich im Rahmen eines auf Gesuch einer Partei eröffneten Interkonnektionsverfahrens die Möglichkeit zur Einflussnahme. Insbesondere ist sie nicht befugt, von sich aus die auf den relevanten Märkten beherrschenden Anbieterinnen zu bezeichnen oder deren Standardangebote zu genehmigen (*Ex-ante*-Regulierung). Dies verhindert die Schaffung stabiler rechtlicher und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen, die den konkurrierenden Anbieterinnen Investitionssicherheit geben würden. Das WIK wies in seiner Studie deutlich auf diese Situation hin und betonte, die Interkonnektionsverfahren nähmen zu viel Zeit in Anspruch und der schweizerische Regulator solle eine aktivere Rolle übernehmen, um den missbräuchlichen Verhaltensweisen der marktbeherrschenden Unternehmen bei Geschäftsverhandlungen entgegenzuwirken.

³ Die letzte Überprüfung wurde vom 22. Februar bis 4. März 2002 durchgeführt. Das entsprechende „Concluding Statement“ ist auf dem Server des Eidgenössischen Finanzdepartements zu finden: <http://www.efd.admin.ch>.

⁴ Die vollständige Studie (Deutsch) und eine Zusammenfassung (Deutsch und Französisch) können unter der Adresse <http://www.bakom.ch> eingesehen werden.

1.1.2.3 Konsumentenschutz

Eine weitere Lücke im geltenden Gesetz betrifft den Konsumentenschutz. Mit der Vervielfachung der Angebote und Tarife ist die bewusste Auswahl für die Konsumentinnen und Konsumenten sehr schwierig geworden. Dies ist zweifellos der Preis, der für die Liberalisierung zu bezahlen ist. Aber auch die Gefahr von Missbräuchen ist gross. Und häufig befindet sich der Verbraucher in einer schwierigen Lage, wenn er merkt, dass er Opfer eines solchen Missbrauchs geworden ist. Er hat kaum Chancen, seine Telefonrechnung vor einem Zivilrichter erfolgreich anzufechten. 1997 hatte der Gesetzgeber auf die Einführung eines erleichterten Verfahrens für die Streitbeilegung verzichtet. Er war damals der Ansicht gewesen, dass die Anbieterinnen selbst am besten in der Lage wären, von sich aus eine Schlichtungsstelle einzurichten. Diese haben eine solche Stelle aber bisher nicht eingerichtet, und das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) erhält immer mehr "Beschwerden" unzufriedener Kundinnen und Kunden.

1.2 Grundzüge des Entwurfs

1.2.1 Aufhebung der Konzessionen für Fernmeldedienste

Das System der Konzessionen für Fernmeldedienste (Art. 4ff) bildet ein Hemmnis für den Markteintritt neuer Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Zudem ist die Abgrenzung zu den meldepflichtigen Fernmeldediensten unklar, was zu Rechtsunsicherheit führt. Ein solches System hat heute, nach der erfolgreichen Einführung des Marktregimes, keine Berechtigung mehr. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sollten in den Markt eintreten können ohne zuvor eine besondere Genehmigung für Fernmeldedienste beantragen zu müssen. Die Fernmeldedienst-anbieterinnen sollen einzig dazu verpflichtet werden, ihre geplante Tätigkeit zu melden. Damit wird das heute bereits für nicht konzessionspflichtige Anbieterinnen von Fernmeldediensten bestehende System der Meldungen erweitert. Künftig gibt es also nur noch eine Kategorie von Fernmeldedienstanbieterinnen, was dazu beitragen wird, die unterschiedliche Behandlung zwischen Konzessionärinnen und meldepflichtigen Anbieterinnen aufzuheben. Die neue Regelung hebt sämtliche Beschränkungen des Zugangs zum Schweizer Telekommunikationsmarkt auf und erfüllt somit die Anforderungen des in der EU geltenden Regimes der Allgemeingenehmigungen. Der Staat gibt im neuen System die Allgemeingenehmigung zum Anbieten von Fernmeldediensten im Fernmeldegesetz selbst. Damit gestaltet er das ihm gemäss Artikel 92 der Bundesverfassung zustehende Fernmelderegul neu aus.

Mit dem System der allgemeinen Meldepflicht verschwinden weder die Grundversorgungskonzession (Art. 14ff) noch die Funkkonzessionen (Art. 22ff). Die Grundversorgungskonzession ist ein unerlässliches Instrument, um ein Basisangebot von preiswerten und qualitativ hoch stehenden Fernmeldediensten für alle Bevölkerungskreise in allen Landesteilen zu garantieren. Sie betrifft nicht den Marktzugang – dieser bleibt frei –, sondern bezweckt, eine oder mehrere Anbieterinnen zur Bereitstellung bestimmter Dienste zu vorgegebenen Bedingungen zu verpflichten. Die Funkkonzessionen erlauben die Benutzung des Frequenzspektrums. Dabei handelt es sich um ein knappes Gut, das nach den Grundsätzen der Frequenzökonomie genutzt werden soll. Das heutige System der Funkkonzessionen wird sowohl im Bereich der Erbringung von Fernmeldediensten (WLL-, GSM-, UMTS-Konzessionen usw. ...) als auch für den eigenen Bedarf der Konzessionärin (Betriebsfunk-,

Amateurfunkkonzessionen usw.) beibehalten. Adressierungselemente (Art. 28ff), z.B. Telefonnummern, werden weiterhin per Verfügung zugeteilt. Werden für Fernmeldedienste Grundversorgungs- und Funkkonzessionen erteilt oder Adressierungselemente zugeteilt, entfällt die Meldepflicht für die angebotenen Fernmeldedienste deswegen nicht.

Trotz der Vereinfachung der Regeln für den Markteintritt werden die (gesetzlichen) Pflichten der Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht gelockert. Da die Kontrolle der Anbieterinnen von Fernmeldediensten beim Markteintritt entfällt, wird die vom BAKOM und von der ComCom ausgeübte Aufsicht wichtiger. Damit muss auch das System der Sanktionen, die von den beiden Behörden auferlegt werden können, effizienter gestaltet werden (Art. 58 und 60).

1.2.2 Verstärkung der Pflichten der marktbeherrschenden Anbieterinnen und der Befugnisse des Regulators

In Anlehnung an die EU-Terminologie wird der neue allgemeine Begriff des Zugangs eingeführt, wobei die Interkonnektion ein Sonderfall des Zugangs ist (Art. 3 Bst. d^{bis} und e und Art. 11). Die marktbeherrschende Anbieterin ist verpflichtet, anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten bereitzustellen.

Besondere Verpflichtungen betreffend die Rechnungslegung (Art. 11a) und das Verbot der Bündelung von Diensten (Art. 11b) vervollständigen die neue Regelung für die marktbeherrschenden Anbieterinnen von Fernmeldediensten.

Zu diesen materiellen Bestimmungen hinzu kommen *Ex-ante*-Vorschriften, welche die Transparenz des Systems und die Rechtssicherheit erhöhen. So erhält die ComCom den Auftrag, von Amtes wegen diejenigen Fernmeldediensteanbieterinnen zu bestimmen, die auf den relevanten Märkten eine beherrschende Stellung einnehmen (Art. 10a). Die von der ComCom als marktbeherrschend bezeichneten Anbieterinnen müssen ihr ein Standardangebot zur Genehmigung unterbreiten (Art. 11 Abs. 1^{bis}). Auf dieses Standardangebot stützen sich die mit den anderen Anbieterinnen abgeschlossenen Sondervereinbarungen im Bereich Zugang und Interkonnektion.

1.2.3 Neuerungen in der Grundversorgung

In seinen Grundzügen wird das System der Grundversorgung (Art. 14ff) kaum verändert. Das Instrument der Konzession ist in diesem Bereich beizubehalten, um wenigstens eine Fernmeldediensteanbieterin zur Gewährleistung eines bestimmten Basisangebots an Diensten für die gesamte Bevölkerung in der Schweiz zu verpflichten. Die wichtigste Neuerung besteht darin, dass die ComCom die Bereitstellung der Dienste der Grundversorgung in einem Konzessionsgebiet auf mehrere Konzessionärinnen aufteilen kann (Art. 14 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 1). Im Übrigen hat die ComCom die Möglichkeit, auf eine öffentliche Ausschreibung zu verzichten und eine oder mehrere Anbieterinnen zur Gewährleistung der Grundversorgung zu verpflichten, wenn sich zeigt, dass die Ausschreibung nicht unter Wettbewerbsbedingungen stattfinden kann. Was den Umfang der Dienste der Grundversorgung anbelangt, so kann der Bundesrat neben der bereits bestehenden Verpflichtung, den Zugang zu den schweizerischen Verzeichnissen der Teilnehmerinnen und

Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst bereitzustellen, neu verlangen, dass die Grundversorgungskonzessionärin ein Universalverzeichnis führt (Art. 16 Abs. 1 Bst. d). Gemäss heutiger Regelung beteiligen sich nur die Konzessionärinnen von Fernmeldediensten, nicht aber die gemeldeten Anbieterinnen, via Konzessionsgebühren an der Finanzierung der ungedeckten Kosten der Grundversorgung. Mit dem Wegfall der Konzessionen für Fernmeldedienste ist auch das System der Finanzierung neu zu regeln. Der Grundsatz der Eigenfinanzierung durch den Sektor ohne Inanspruchnahme öffentlicher Gelder wird beibehalten. Neu aber haben im Sinne einer grösseren Gerechtigkeit alle Anbieterinnen von Fernmeldediensten eine Gebühr zu entrichten (Art. 38).

1.2.4 Verbesserung des Konsumenten- und des Datenschutzes

Die neuen Bestimmungen berücksichtigen die Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten besser. Neben der Festlegung von Qualitätskriterien für Dienste der Grundversorgung (vgl. Art. 17 Abs. 1) hat der Bundesrat auch die Möglichkeit, von allen Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Veröffentlichung von Informationen über die Qualität der von ihnen angebotenen Dienste zu verlangen (Art. 12a). Ferner kann der Bundesrat Preisobergrenzen für Dienste der Grundversorgung (vgl. Art. 17 Abs. 2) und für Mehrwertdienste (Art. 12b) festlegen, d.h. für Dienste, die auf Basis von Fernmeldediensten erbracht werden. Für die übrigen Bereiche dürften der Wettbewerb zwischen den Fernmeldediensteanbieterinnen und die Bestimmungen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) über die Preisbekanntgabe ausreichen, um günstige Fernmeldedienste zu transparenten Bedingungen zu garantieren. Die bei der Gesamtrevision des FMG im Jahr 1997 bereits in Betracht gezogene Schaffung einer Schlichtungsstelle wird nun realisiert (Art. 12c). Für die einvernehmliche Regelung der Streitigkeiten zwischen Kundinnen oder Kunden und Anbieterinnen von Fernmeldediensten ist das BAKOM zuständig.

Durch eine Änderung des UWG (vgl. Anhang) werden die Kundinnen und Kunden zudem besser vor unerbetenen Werbemitteilungen (*Spamming*) geschützt. Sie müssen künftig nicht mehr anhand eines Vermerks (Sternchen) im Telefonbuch anzeigen, dass sie keine solchen Mitteilungen empfangen möchten ("Opt-out-Modell"). Neu müssen die Absender solcher Werbemitteilungen vor dem Versand die Einwilligung der Kundinnen und Kunden einholen ("Opt-in-Modell"). Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sind verpflichtet, die Übermittlung unerwünschter Mitteilungen zu Werbezwecken mit geeigneten Massnahmen zu verhindern (Art. 45a). Die vorgeschlagene Bestimmung leistet der Motion Sommaruga (00.3393: Elektronische Massenwerbesendungen. "Spamming") Folge, die dem Bundesrat vom Parlament überwiesen worden war⁵.

⁵ Vgl. AB 2000 N 1196 und AB 2001 E 109.

1.2.5

Aufnahme von bereits in der RTVG-Revision geplanten Änderungen

Der Bundesrat plant neben der vorliegenden Teilrevision auch in der Totalrevision des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG; SR 784.40) Anpassungen des FMG.

Die bereits in der RTVG-Revision und der Totalrevision der Bundesrechtspflege geplante Beschleunigung des Rechtswegs (Art. 11 und 61) wird nur im bisherigen Rahmen weiterverfolgt, also in der FMG-Revision nicht aufgegriffen.

Die zunächst in der RTVG-Revision geplante Ex-ante-Regulierung (Art. 11) wird nur im Rahmen der FMG-Revision weiterverfolgt.

Verschiedene Änderungen sind in beiden Revisionen enthalten. Diese betreffen die Artikel 13, 13a, 13b, 24, 39 Absatz 3, 58 und 60. Zu diesen Artikeln gilt Folgendes:

Die Änderungen in Artikel 24 und 39 Absatz 3 sind im Rahmen beider Revisionen erforderlich, denn sie betreffen Randbedingungen sowohl der Rundfunkverbreitung (die durch die RTVG-Revision dem FMG unterstellt wird) als auch der Individualkommunikation.

Der Anwendungsbereich von Artikel 13, 58 und 60 wird ausgedehnt. Artikel 13 und 58 sind bisher nur auf Konzessionärinnen anwendbar. Sie werden auf Fernmeldedienstanbieterinnen (Art. 13) bzw. auf alle dem Gesetz unterworfenen Personen (Art. 58) ausgeweitet. Artikel 60 wird von Fernmeldedienstanbieterinnen auf alle dem Gesetz unterworfenen Unternehmen (Art. 60) ausgeweitet. Diese dringenden Änderungen sollen durch die schnellere der beiden Revisionen erfolgen und werden daher zunächst in beiden Revisionsprojekten parallel verfolgt. Die Änderungen der Artikel 58 und 60 sind in RTVG- und FMG-Revision nicht deckungsgleich. Das ist notwendig, um diese Artikel jeweils in die Struktur beider Revisionen einzupassen.

So liegt in der FMG-Revision die Kompetenz zur Überwachung und zur Verhängung von Verwaltungsanktionen gemäss Artikel 58 und 60 in der Regel beim Bundesamt. Dies ist durch den Wegfall der Konzessionspflicht für Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die das Frequenzspektrum nicht nutzen und durch die bereits erwähnte Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Artikel 58 und 60 gerechtfertigt. Durch diese Massnahmen nimmt nämlich das Gewicht der durch die Kommission erteilten Konzessionen ab. Hat die Kommission jedoch eine Konzession erteilt, ist sie auch gemäss Artikel 58 Absatz 4 und Artikel 60 Absatz 2 Satz 2 für Aufsichtsmaßnahmen und Verwaltungsanktionen zuständig.

In der RTVG-Revision wird die Kommission für Aufsicht und Verwaltungsanktionen zuständig. Denn das Bundesamt wird in ein Sekretariat der Kommission überführt. Die Kommission muss dann selbst im Rahmen ihrer allgemein festgeschriebenen Organisationsgewalt Aufgaben an das Sekretariat delegieren; einzelne Delegationsnormen sind in der RTVG-Revision nicht vorgesehen.

Artikel 58 Absatz 2 Buchstabe c und d unterscheiden sich in beiden Revisionen. Zum einen macht die Abschaffung der Dienstkonzession in der FMG-Revision die Möglichkeit notwendig, die Tätigkeit verantwortlicher Personen einzuschränken oder zu verbieten. Zum anderen wurden im Rahmen der RTVG-Revision parallel zur Formulierung im Text des RTVG der Widerruf der Konzession gestrichen und die Ergänzung, Einschränkung, Suspendierung und der Einzug in einen Buchstaben zusammengefasst.

Der geltende Artikel 58 Absatz 3 nennt den Entzug der Konzession als zwingende Folge des Wegfalls wesentlicher Konzessionsvoraussetzungen. Dieser Absatz wird im Rahmen der RTVG-Revision gestrichen, so dass sich die Aufsichtsvorschriften in FMG und RTVG insoweit entsprechen.

Die Änderungen in Artikel 13 sowie die neugeschaffenen Artikel 13a und 13b lösen das dem Datenschutzbeauftragten abgegebene Versprechen ein, zum nächstmöglichen Zeitpunkt eine Rechtsgrundlage zur Datenverarbeitung und Datenweitergabe zu schaffen⁶. Sie sollen durch die schnellere der beiden Revisionen erfolgen und werden daher zunächst in beiden Projekten verfolgt.

An verschiedenen Stellen wird neu das Bundesamt erwähnt, so z.B. in Artikel 4, 11, 12a, 12c, 13a, 19a, 24a, 24f, 31, 34, 38, 40, 58 und 59. Diese Kompetenzen des Bundesamtes werden in der RTVG-Revision gestrichen werden, da das Bundesamt dann in ein Sekretariat der neu zu bildenden Kommission überführt werden wird. Die Kommission kann kraft ihrer Organisationsgewalt untergeordnete Aufgaben an ihr Sekretariat übertragen. Im Gesetz werden keine einzelnen Aufgaben des Sekretariats genannt werden.

2 Besonderer Teil

2.1 Fernmeldegesetz

2.1.1 Allgemeine Bestimmungen; Artikel 3

Es scheint nicht nötig zu sein, den in der EU verwendeten neuen Begriff “elektronische Kommunikationsdienste” zu übernehmen. Mit der RTVG-Revision wird der Geltungsbereich des FMG mit jenem des neuen europäischen Rechtsrahmens übereinstimmen und das Phänomen der Konvergenz berücksichtigen.

Die Begriffsbestimmung in Buchstabe d^{bis} wurde aus der Zugangsrichtlinie übernommen (Art. 2 Abs. 2 Bst. a). Unter den Begriff des Zugangs fallen demnach insbesondere der Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen, wozu auch der feste oder nicht feste Anschluss von Einrichtungen gehören kann (dies beinhaltet namentlich den Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie zu Einrichtungen und Diensten, die erforderlich sind, um Dienste über den Teilnehmeranschluss zu erbringen), Zugang zu physischen Infrastrukturen wie Gebäuden, Leitungen und Masten, Zugang zu einschlägigen Softwaresystemen, einschliesslich Systemen für die Betriebsunterstützung, sowie Zugang zu Fest- und Mobilfunknetzen, insbesondere um Roaming zu ermöglichen. In Buchstabe e wird der Zusammenhang zwischen dem allgemeinen Begriff des Zugangs und dem Sonderfall der Interkonnektion präzisiert. Mit dem Begriff der Interkonnektion werden nur noch diejenigen Fälle bezeichnet, in denen zwei Netze von zwei verschiedenen Anbieterinnen zusammengeschaltet sind und bleiben (gemäss Definition in Art. 2 Abs. 2 Bst. b der Zugangsrichtlinie). Die gegenwärtig teilweise als Fall der Interkonnektion interpretierte Entbündelung des Teilnehmeranschlusses, welche zur Integration eines Teils des Netzes der beherrschenden Betreiberin in das Netz der konkurrierenden Anbieterin führt, fällt neu unter den allgemeinen Begriff des Zugangs.

⁶ Botschaft über die Schaffung und die Anpassung gesetzlicher Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten vom 25. August 1999 (BBI 1999 9037-9038).

2.1.2 Fernmeldedienste

2.1.2.1 Gemeinsame Bestimmungen

2.1.2.1.1 Artikel 4 bis 10

Durch die Einführung einer dem System der Allgemeingenehmigungen entsprechenden Regelung entfallen die Fernmeldedienstkonzessionen (und damit Art. 5, 6 Abs. 3 und 7 bis 10) und werden von einer allgemeinen Meldepflicht abgelöst (Meldung der Dienste). Das neue System der Meldungen entbindet die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht von der Pflicht, eine Konzession für die Nutzung des Funkfrequenzspektrums zu erlangen oder die Zuteilung von Adressierungselementen zu beantragen.

Gemäss Artikel 4 Absatz 4 können die Anbieterinnen, die ihre Geschäftstätigkeit eingestellt haben, von der Liste der Fernmeldediensteanbieterinnen gestrichen werden. In diesem Zusammenhang wird der Bundesrat namentlich prüfen müssen, inwiefern die von den Fernmeldediensteanbieterinnen nach Artikel 59 Absatz 2 eingereichten statistischen Angaben verwendet werden können. Artikel 4a übernimmt den Wortlaut des heutigen Artikels 6 Absatz 2.

Nach Streichung der Absätze 2 und 3 umfasst Artikel 6 noch die von den Voraussetzungen für den Erwerb einer Fernmeldedienstkonzession übrig gebliebenen Bestimmungen, die in Anforderungen an die Anbieterinnen von Fernmeldediensten umgewandelt werden. Während Buchstabe b. unbestritten ist, kann man sich fragen, ob die Voraussetzungen a. und c. nicht über die Regelung in der Genehmigungsrichtlinie hinausreichen (vgl. Anhang, Teil A). Die Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrats beantragt im Rahmen der Behandlung der Parlamentarischen Initiative Strahm (99.450), dass dem Bundesrat in einem neuen Absatz 1^{bis} die Kompetenz eingeräumt wird, eine Konzessionsvoraussetzung im Bereich der beruflichen Aus- und Fortbildung einzuführen. In einem neuen Artikel 68a würde zudem eine Übergangsbestimmung festgelegt (Frist von 3 Jahren für Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die bereits eine Konzession besitzen).

2.1.2.1.2 Artikel 10a

Mit dieser Bestimmung wird eine Reihe von Artikeln eingeführt, welche die Verpflichtungen der marktbeherrschenden Anbieterinnen erweitern (Art. 11, 11a und 11b). Die *Ex-ante*-Bezeichnung der beherrschenden Anbieterinnen wird die Rechtssicherheit durch grössere Transparenz erhöhen. Zudem wird damit das schweizerische Recht dem heutigen Rechtsrahmen der Europäischen Union angenähert. Gemäss der neuen Rahmenrichtlinie kann die Europäische Kommission die relevanten Märkte in einer Empfehlung an die Mitgliedstaaten definieren. An dieser Empfehlung könnte sich die ComCom bei ihrer Entscheid (oder die Wettbewerbskommission bei ihrer Stellungnahme) orientieren. Die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht könnten ebenfalls als Grundlage dienen, soweit das schweizerische Wettbewerbsrecht dem nicht entgegensteht. Zunächst wird die ComCom eine bestimmte Zahl von relevanten Märkten festlegen müssen, auf denen sie anschliessend die Wettbewerbssituation analysiert. Die Wettbewerbskommission und die interessierten Kreise (diese umfassen Konkurrentinnen und Verbände in den relevanten Märkten) werden gemäss Absatz 1 konsultiert werden. Abweichungen von der Stellungnahme der

Wettbewerbskommission werden, anders als bei den betroffenen Kreisen, zu begründen sein. Die Anbieterinnen, deren Marktposition geprüft wurde, werden über die Entscheide der ComCom informiert. Die Entscheide werden ebenfalls veröffentlicht. In Abweichung von der allgemeinen Regel (Art. 55 VwVG und Art. 111 OG) gilt der angefochtene Entscheid in jedem Fall bis zum endgültigen Entscheid der Beschwerdeinstanz (keine aufschiebende Wirkung). Mit diesem Ausschluss der Möglichkeit, einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, soll die Rechtssicherheit der Entscheide der ComCom erhöht werden, die in einem sich rasch entwickelnden Markt sofort vollziehbar sein müssen. Kurzfristig beabsichtigte Auswirkungen solcher Entscheide könnten durch langwierige Beschwerdeverfahren gefährdet werden. Durch die Verpflichtung der ComCom, die interessierten Kreise anzuhören und regelmässig Marktanalysen durchzuführen (vgl. Abs. 3), wird diese Einschränkung jedoch wieder ausgeglichen.

2.1.2.1.3 Artikel 11

Durch die Änderung dieser Bestimmung wird der allgemeine Begriff des Zugangs eingeführt, wobei die Interkonnektion nun als Sonderfall des Zugangs gilt. Damit deckt Artikel 11 neu nicht nur die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses und die Interkonnektion der Mietleitungen ab, sondern alle Fragen des Zugangs zu den Einrichtungen und Diensten der marktbeherrschenden Anbieterinnen. Mit der neuen Pflicht der als marktbeherrschend bezeichneten Anbieterinnen, ihr Standardangebot von der ComCom genehmigen zu lassen, soll der Zeitpunkt einer Intervention der Kommission vorverlegt werden. Konkurrierende Anbieterinnen, die auf der Basis des Standardangebots keine Vereinbarung erreichen, können zur Beilegung der Streitigkeit immer noch die ComCom anrufen (Abs. 3). Allerdings ist es nicht möglich, die Bedingungen des von der ComCom bereits genehmigten Standardangebots anzufechten. Dieses System erlaubt eine Annäherung an jenes der Europäischen Union (*Ex-ante*-Regelung) und bietet eine Lösung für das aktuelle Problem, dass beherrschenden Anbieterinnen Verpflichtungen nur im Rahmen langer und komplexer Interkonnektionsverfahren aufzuerlegt werden können.

Durch die Pflicht zur Gewährleistung des Zugangs zu den Diensten (Abs. 1) wird garantiert, dass die Konkurrentinnen einer beherrschenden Anbieterin zumindest von Grosshandelsangeboten profitieren können, um ihre eigenen Dienste zu offerieren (Wiederverkauf von Diensten). Der Bundesrat wird die Verpflichtungen der marktbeherrschenden Anbieterin in Bezug auf den Zugang und die Interkonnektion konkretisieren.

Das Standardangebot wird in regelmässigen Abständen genehmigt. Diese Abstände können jährlich sein, aber je nach Markt sind (wie bei Art. 10a Abs. 2) auch kürzere oder längere Abstände denkbar. Die interessierten Kreise umfassen wie bei Artikel 10a Absatz 1 die Konkurrentinnen und die Verbände (Abs. 1^{bis}). Jede Änderung des aktuellen Angebots ist ebenfalls von der ComCom gutzuheissen. Die marktbeherrschende Anbieterin muss nachweisen, dass die Preise ihrer Zugangs- und Interkonnektionsdienste kostenorientiert sind. Ist dies nicht der Fall, legt die ComCom die Preise gestützt auf markt- und branchenübliche Vergleichswerte fest (*Benchmarking*). Im Übrigen kann die ComCom das Standardangebot bei Bedarf nach eigenem Ermessen abändern.

Der Entscheid über die Genehmigung des Standardangebots wird veröffentlicht und hat dieselben Wirkungen wie die Entscheide zur Bezeichnung der marktbeherrschenden Anbieterinnen (vgl. Art. 10a). Eventuelle Beschwerden haben weder durch Gesetz noch durch Verfügung der Beschwerdeinstanz aufschiebende Wirkung.

Für die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung ändert sich nichts (Abs.2). Sie müssen Interkonnektion gewähren, um die Kommunikationsfähigkeit sicherzustellen, sind aber nicht zur Bereitstellung des Zugangs im weiten Sinne verpflichtet. Sie haben der ComCom auch kein Standardangebot zur Genehmigung zu unterbreiten.

Die Interkonnektionsverfahren, die sich künftig auf Fragen des Zugangs im weiten Sinne erstrecken werden (Abs. 3), dürften in den von der ComCom nach Artikel 10a analysierten Märkten an Bedeutung einbüßen. Eine Anbieterin, die sich vergeblich um den Abschluss einer Zugangs- oder einer Interkonnektionsvereinbarung bemüht hat, wird in Zukunft nicht mehr die Möglichkeit haben, die von der ComCom geprüfte marktbeherrschende Stellung einer Anbieterin oder deren Standardangebot anzufechten. In solchen Fällen wird sich die Intervention der ComCom auf Einzelfragen und auf die Kontrolle der Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung beschränken. Weiterhin von grosser Bedeutung bleibt das Verfahren hingegen bei Fragen der Interoperabilität sowie der Beherrschung auf Märkten, welche die ComCom noch nicht überprüft hat. In diesen beiden Fällen muss die Wettbewerbskommission vorgängig konsultiert werden.

2.1.2.1.4 Artikel 11a

Die Anforderungen in Bezug auf die Rechnungslegungs- und Finanzinformationen ergeben sich aus dem Grundsatz der Transparenz. Sie sollen die Arbeit der ComCom bei der Überprüfung der Kostenorientiertheit der Preise und der Nichtdiskriminierung von Drittanbieterinnen gegenüber den Geschäftseinheiten, Tochterfirmen und Partnerinnen der beherrschenden Anbieterin erleichtern. Der Bundesrat lässt sich bei der Festlegung der Anforderungen von den international anerkannten Rechnungslegungsvorschriften leiten (*International Accounting Standards*).

2.1.2.1.5 Artikel 11b

Mit dieser allgemein gehaltenen Bestimmung soll insbesondere verhindert werden, dass die beherrschenden Anbieterinnen einige ihrer Angebote (z.B. Voicemail im eigenen Netz) davon abhängig machen, dass keine Pre-Selection bei einer anderen Anbieterin besteht. Ferner soll vermieden werden, dass die Tochterfirmen einer beherrschenden Anbieterin ihre Dienste (z.B. xDSL-Dienste) nur für diejenigen Kundinnen und Kunden bereitstellen, deren Telefonverbindungen über die beherrschende Anbieterin laufen. Da die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen zur Verhinderung solcher Praktiken nicht immer ausreichen, drängt sich die Einführung einer spezifischen Vorschrift im Fernmelderecht auf (vgl. auch Art. 17 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie).

2.1.2.1.6 Artikel 12a

Mit den Artikeln 12a bis 12c soll der Konsumentenschutz verbessert werden. Artikel 12a entspricht Artikel 22 der Universaldienstrichtlinie. Damit die veröffentlichten Informationen vergleichbar sind, sollten der Bundesrat und das BAKOM bestimmte Regeln in Bezug auf den Inhalt (Indikatoren) und die Form (Präsentation) der Publikation festlegen. Sinnvolle Qualitätskriterien wären zum Beispiel die Kriterien, welche die Grundversorgungskonzessionärin gemäss Artikel 25 FDV einhalten muss.

2.1.2.1.7 Artikel 12b

Diese Bestimmung bezweckt den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten vor missbräuchlichen Preisen bestimmter Mehrwertdienste (08xy und 09xy). Heute ist es zulässig, einfache Informationsdienste zu einem Preis von bis zu 10 Franken pro Minute, d.h. 600 Franken pro Stunde, in Rechnung zu stellen. Solche Tarife können zu Telefonrechnungen in Höhe von mehreren Tausend Franken führen. Da diese Beträge in der Regel von der Fernmeldedienstanbieterin eingezogen und dann an die Anbieterin von Mehrwertdiensten weitergegeben werden, laufen die Kundinnen und Kunden Gefahr, dass ihr Anschluss gesperrt wird, wenn sie die Rechnung nicht bezahlen. Daher kann der Bundesrat bei Bedarf Preisobergrenzen für Mehrwertdienste festlegen. Diese Bestimmung gilt nicht, wenn die Leistung direkt von der Anbieterin des Mehrwertdienstes und nicht über die Fernmeldedienstanbieterin in Rechnung gestellt wird.

2.1.2.1.8 Artikel 12c

Diese Bestimmung entspricht Artikel 34 der Universaldienstrichtlinie. Den Kundinnen und Kunden soll die Möglichkeit eingeräumt werden, Streitigkeiten mit den Anbieterinnen von Fernmeldediensten vor eine Schlichtungsstelle zu bringen, bevor ein Zivilrichter angerufen wird. Im Schlichtungsverfahren können sie sachgerechte Einigungen auch dann erreichen, wenn sich der Gang zum Richter angesichts des Streitwerts nicht lohnt.

Der Aufbau einer funktionsfähigen Schlichtungsstelle durch die Branche der Fernmeldedienstanbieterinnen wäre der Schlichtung durch das BAKOM vorzuziehen. 1997 verzichtete der Gesetzgeber darum auf die Einführung eines erleichterten Verfahrens für die Streitbeilegung. Er war der Ansicht, dass die Anbieterinnen selbst am besten in der Lage seien, eine Schlichtungsstelle einzurichten.

Die Anbieterinnen haben aber bisher keine solche Schlichtungsstelle eingerichtet. Sollten sie rechtzeitig vor Abschluss der vorliegenden Revision eine funktionierende Schlichtungsstelle einrichten, wäre die Schlichtung durch das Bundesamt nicht erforderlich, und es würde keine Schlichtungsstelle beim Bundesamt aufgebaut. Art. 12c würde entsprechend geändert. Die Modalitäten von Aufbau und Tätigkeit der brancheneigenen Schlichtungsstelle müssten der Genehmigung durch die Verwaltung unterworfen werden, um den Verzicht des Gesetzgebers auf die Schlichtung durch das Bundesamt zu erlauben.

Anbieterinnen von Fernmeldediensten haben bei Streitigkeiten untereinander keinen Zugang zum Schlichtungsverfahren (Abs. 1 Satz 1). Ihnen stehen andere Möglichkeiten zur Konfliktlösung offen.

Wer die Schlichtungsstelle anruft, um der Fernmeldediensteanbieterin die Verfahrenskosten zu verursachen, handelt mutwillig im Sinne von Absatz 1 Satz 2.

Die Schlichtungsstelle soll durch die Fernmeldediensteanbieterinnen finanziert werden (Abs. 2). Die Finanzierung durch Verfahrenskosten ist verursachergerecht, denn nur Unternehmen, die es zum Streit mit Kundinnen oder Kunden kommen lassen, finanzieren die Schlichtungsstelle. Ausserdem werden alle Fernmeldediensteanbieterinnen durch die Verfahrenskostenregelung dazu motiviert, einvernehmliche Lösungen mit ihren Kunden zu suchen. Eine Finanzierung durch die Auferlegung von Verfahrenskosten an Kundinnen und Kunden würde gerade bei geringen Streitwerten verhindern, dass sich Kundinnen und Kunden an die Schlichtungsstelle wenden.

Die Parteien können gemäss Absatz 3 frei entscheiden, ob sie sich auf der Basis des Schlichtungsentscheids einigen wollen.

Im Rahmen von Absatz 4 sind folgende Regeln denkbar: Anträge auf Schlichtung sind schriftlich zu stellen und nur zulässig, nachdem die Parteien erfolglos eine Einigung versucht haben und solange kein gerichtliches Urteil in derselben Sache vorliegt. Das Schlichtungsverfahren ruht, solange ein Gericht mit derselben Sache beschäftigt ist. Das Verfahren endet durch Rücknahme der Beschwerde, Scheitern der Schlichtung oder Einigung der Parteien. Die Parteien sind an den Schlichtungsentscheid nur dann gebunden, wenn sie ihn annehmen. Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten. Nach Abschluss des Verfahrens erhalten die Parteien auf Antrag einen Bericht über das Ergebnis der Schlichtung.

Da der Schlichtungsentscheid die Parteien nicht bindet, sind Regeln betreffend die Auswahl der Schlichter, Verschwiegenheit, Befangenheit und Eingabefristen verzichtbar.

2.1.2.1.9 Artikel 12d

Aus systematischen Gründen wird in dieser neuen Bestimmung der Wortlaut von Artikel 21 Absatz 1 und 3 übernommen. Sie betrifft sämtliche Fernmeldedienste und nicht nur die Dienste der Grundversorgung.

2.1.2.1.10 Artikel 13

Die Auskunftspflicht des Bundesamtes beschränkte sich bisher auf Name und Adresse von Konzessionärinnen sowie den Konzessionsgegenstand und Rechte und Pflichten aus der Konzession. Nicht erfasst wurden die gemeldeten Fernmeldediensteanbieterinnen. Mit der vorgeschlagenen Änderung soll nun für alle Interessierten, insbesondere für Kundinnen und Kunden, Transparenz über sämtliche Anbieterinnen von Fernmeldediensten in der Schweiz erreicht werden. Zudem wird die aus datenschutzrechtlichen Gründen notwendige gesetzliche Grundlage für derartige Auskünfte geschaffen. Mit Absatz 2 wird insbesondere erlaubt, die gegen die Fernmeldediensteanbieterinnen ergriffenen Aufsichtsmaßnahmen im Internet zu veröffentlichen. Dies erfolgt in Übereinstimmung mit Artikel 3 Buchstabe c Ziffer 4 und Artikel 19 Absatz 3 des Datenschutzgesetzes (Anforderung eines formellen Gesetzes, das den

Zugang zu den besonders schützenswerten Personendaten durch ein Abrufverfahren vorsieht).

2.1.2.1.11 Artikel 13a

Durch den neuen Artikel 13a wird auf Wunsch des eidgenössischen Datenschutzbeauftragten eine umfassende gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung im Bereich des Fernmeldewesens geschaffen.⁷

Artikel 13a ist die formelle gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung von Personendaten (eingeschlossen Daten über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen und Persönlichkeitsprofile) durch die die im jeweiligen Fall zur Datenverarbeitung zuständige Behörde (Kommission oder Bundesamt), damit sie die ihr durch die Fernmeldegesetzgebung auferlegten Aufgaben erfüllen kann. Solche Personendaten können z.B. Daten über angebotene Fernmeldedienste oder über Antennenstandorte sein. Die ausführliche Regelung trägt den Anliegen des Datenschutzes in adäquater Weise Rechnung. Eine weitergehende, insbesondere detailliertere Ordnung hinsichtlich der zu erhebenden Daten auf Gesetzesstufe macht in einem derart dynamischen Bereich wie der Telekommunikation keinen Sinn und wäre letztlich für die Erfüllung der der Kommission obliegenden Aufgaben hinderlich und für die Entwicklung des Fernmeldemarktes in der Schweiz kontraproduktiv. Der Bundesrat kann in den Ausführungsbestimmungen flexiblere Anordnungen treffen (Abs. 3).

2.1.2.1.12 Artikel 13b

Artikel 13b umschreibt die Voraussetzungen, unter denen die im jeweiligen Fall zur Datenverarbeitung zuständige Behörde (Kommission oder Bundesamt) im Rahmen der Amtshilfe Daten an andere Behörden in der Schweiz oder im Ausland übermitteln darf.

Das allgemein geltende Prinzip, dass die Amtshilfe nur im begründeten Einzelfall erfolgt, muss nicht ausdrücklich erwähnt werden.

⁷ Gemäss dem Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) sind die Bundesorgane nur dann zur Bearbeitung von Personendaten berechtigt, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Die gesetzlichen Anforderungen sind noch höher, wenn es sich um besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Buchstabe c DSG oder um Persönlichkeitsprofile handelt. Nach Art. 17 Absatz 2 dürfen solche Daten nur bearbeitet werden, wenn ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird insbesondere gemacht, wenn die Bearbeitung solcher Daten für eine in einem formellen Gesetz klar umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist (Art. 17 Abs. 2 Bst. a DSG). Im Rahmen der Botschaft über die Schaffung und die Anpassung gesetzlicher Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten vom 25. August 1999 (BBl 1999 S. 9005 ff), hat der Bundesrat einen Entwurf zum Bundesgesetz über die Schaffung und die Anpassung gesetzlicher Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten unterbreitet. Die datenschutzrechtlichen Grundlagen im Bereich des Fernmeldewesens waren jedoch von dieser Vorlage ausgenommen, da die Neuorganisation seit dem 1. Januar 1998 auf Grund der Liberalisierung im Fernmeldebereich erhebliche Auswirkungen bezüglich der Aufgaben im Datenschutz hatte. Dem Bakom wurde daher bewilligt, erst später die Grundlagen, die für die Anpassungen der gesetzlichen Bestimmungen erforderlich sind, zu erarbeiten (BBl 1999 9038).

Die Weitergabe von statistischen Daten an öffentliche oder private Statistikdienste wird bereits in Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) geregelt.

Unter “Durchsetzung der Fernmeldegesetzgebung” fällt auch die Vollstreckung der auf Grund dieses Gesetzes ausgesprochenen Strafen.

2.1.2.2 Grundversorgungskonzessionärinnen; Artikel 14 bis 19b

Aus Gründen der Klarheit enthält der zweite Abschnitt neu nur noch die Verpflichtungen der Grundversorgungskonzessionärin. Die Verpflichtungen aller Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung sind im neuen Abschnitt 3 geregelt. Auch wenn die Fernmeldedienstkonzessionen aufgehoben wurden, existiert die Grundversorgungskonzession weiterhin. Neben der Neueinordnung einiger Bestimmungen zur Verbesserung der Systematik des Abschnitts gibt es auch einige materielle Neuerungen. So kann die Bereitstellung der Dienste der Grundversorgung in einem Konzessionsgebiet künftig unter mehreren Konzessionärinnen aufgeteilt werden (vgl. Art. 14 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 1). Wegen der Aufhebung der Fernmeldedienstkonzessionen wurde der Mechanismus für die Finanzierung der ungedeckten Kosten der Grundversorgung angepasst (vgl. Art. 38).

Gestützt auf Artikel 14 Absatz 4 kann die ComCom neuerdings auf eine öffentliche Ausschreibung verzichten, wenn eine Marktstudie zeigt, dass die Ausschreibung mangels Bewerberinnen nicht unter Wettbewerbsbedingungen durchgeführt werden kann.

Der heute verwendete unklare Begriff des Investitionsbeitrags (Art. 15 Bst. b und Art. 19) wird durch die allgemeinere Bezeichnung “finanzielle Abgeltung” abgelöst. Dabei geht es um die Finanzierung der ungedeckten Kosten der Grundversorgung, die den Nettogesamtkosten für die Erbringung der Grundversorgung entsprechen.

Es erscheint wichtig, im Gesetz zu präzisieren, dass der öffentliche Telefondienst den Anschluss und die vom Bundesrat festgelegten Zusatzdienste umfasst (Art. 16 Abs. 1 Bst. a). Die Definition des öffentlichen Telefondienstes bleibt unverändert. Sie umfasst auch weiterhin z.B. sogenannte Prepaid-Angebote. Der Bundesrat kann zudem verlangen, dass zusätzlich zur Pflicht der Bereitstellung des Zugangs zu den Verzeichnisdaten der Teilnehmerinnen und Teilnehmer ein Universalverzeichnis geführt wird (Art. 16 Abs. 1 Bst. d). Auf diese Weise würden die Verzeichnisdaten zentralisiert. Einer der grössten Nachteile des heutigen Systems besteht nämlich darin, dass lediglich ein virtuelles globales Verzeichnis vorgesehen ist, das auf dem Grundsatz des gegenseitigen Zugangs zu den Verzeichnisdaten besteht (vgl. Art. 21). Um Artikel 16 an den vom Bundesrat festgelegten Inhalt der Grundversorgung (vgl. Art. 19 FDV) anzupassen, wurden die Dienste für Sehbehinderte in die Liste der Dienste aufgenommen. Im Übrigen dürfte die Frage der im Rahmen der Grundversorgung garantierten Fernmeldedienste für Behinderte im Entwurf zum Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG), über den im Parlament zurzeit beraten wird, allgemein geregelt werden (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 11. Dezember 2000, BBl 2001 II 1715).

Artikel 19a entspricht Artikel 13. Da die Grundversorgungskonzession definitionsgemäss von öffentlichem Interesse ist, drängt sich die Veröffentlichung der Informa-

tionen von Amtes wegen auf. Artikel 19*b* wurde an Stelle der aufgehobenen Artikel 9 und 10 eingefügt.

2.1.2.3 Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung; Artikel 20 bis 21a

Mit der Einordnung von Artikel 20 und 21 unter einen gesonderten Abschnitt, der auch eine allgemeine Delegationsnorm (Art. 21*a*) umfasst, soll verdeutlicht werden, dass diese Bestimmungen für alle Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung und nicht nur für die Grundversorgungskonzessionärinnen gelten.

Die Ergänzungen in Artikel 21 Absatz 2 sollten zur Lösung der zahlreichen Probleme im Bereich des Zugangs zu den Verzeichnisdaten beitragen. Für die Anbieterinnen, die Verzeichnisdienste oder andere auf Verzeichnisdaten basierende Dienste, z.B. Validierungsdienste, bereitstellen möchten, ist der Zugang zu diesen Daten oft schwierig. Die Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Kostenorientiertheit der Preise müssen unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung zur Anwendung gelangen, denn die Verzeichnisdaten gehören in erster Linie den Teilnehmerinnen und Teilnehmern selbst. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die solche Daten sammeln, müssen zwar angemessen entschädigt werden, dürfen aber keinen wesentlichen Geschäftsvorteil daraus ziehen. Diese Regelung entspricht übrigens dem neuen europäischen Recht (vgl. Art. 25 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie). Bei Streitigkeiten kann künftig wie bei Konflikten im Bereich von Zugang und Interkonnektion die ComCom angerufen werden.

Wie bisher betrifft die Verpflichtung, den Zugang zu den Daten der Teilnehmerinnen und Teilnehmer zu gewähren, nur die Dienste der Grundversorgung, d.h. den öffentlichen Telefondienst gemäss Artikel 16. Man kann sich fragen, ob eine solche Verpflichtung mit denselben Bedingungen (insbesondere Kostenorientiertheit der Preise) auch für andere Dienste, z.B. E-Mail (E-Mail-Adressen) geeignet wäre, um so einem oder mehreren Unternehmen die Möglichkeit einzuräumen, ein vollständiges Verzeichnis der Abonentinnen und Abonnten solcher Dienste zu führen. Im vorliegenden Entwurf ist kein Vorschlag in diesem Sinne enthalten. Die Vernehmlassungsteilnehmer werden aber aufgefordert, sich insbesondere zu dieser Frage zu äussern.

Abgesehen von den Verpflichtungen in Bezug auf die Notrufe und die Verzeichnisse hatte der Bundesrat bereits Gelegenheit, Pflichten für alle Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung vorzusehen, nämlich im Bereich der Dienste für Hör- und Sehbehinderte (vgl. Art. 30 FDV), der Sperrung abgehender Verbindungen zu Diensten mit erotischem und pornografischem Inhalt (Art. 31 FDV) und des Gebührennachweises (Art. 32 FDV). Gestützt auf Artikel 21*a* kann er weitere Verpflichtungen vorsehen, um die Interoperabilität der Leistungen der Grundversorgung zu garantieren.

2.1.3 Funk

2.1.3.1 Artikel 24

Da die Fernmeldedienstkonzessionen entfallen, wird neu mit der Ergänzung in Absatz 1 gewährleistet, dass im Rahmen von durch öffentliche Ausschreibung erteilten

Funkkonzessionen auch weiterhin Versorgungspflichten (Versorgung des Gebiets und der Bevölkerung mit den angebotenen Diensten) oder Roamingpflichten vorgesehen werden können.

Die Erteilung von Funkkonzessionen durch öffentliche Ausschreibung (Kriterienwettbewerb oder Auktion) ist eine spezielle Form der Konzessionsvergabe. Für diese speziellen Verfahren sind die im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) geregelten Verfahrensbestimmungen nicht immer adäquat. Im Rahmen einer Konzessionserteilung mittels öffentlicher Ausschreibung muss die Behörde meist eine Evaluation der verschiedenen Eingaben vornehmen. Dabei geht es nicht um eine Feststellung des Sachverhalts im herkömmlichen Sinne (Art. 12 VwVG), sondern darum zu beurteilen, ob die einzelnen Bewerberinnen im Falle einer Konzessionserteilung in der Lage wären, ihre Versprechen zu erfüllen. Bei diesem Verfahren werden die Bewerberinnen viel stärker involviert als durch die im Rahmen eines ordentlichen Verwaltungsverfahrens geforderte Mitwirkung der Bewerberinnen (Art. 13 VwVG), denn sie sind letztlich allein dafür zuständig, ihre Bewerbung im Detail auszuarbeiten und auf Verlangen der Behörde zu ergänzen. Da an einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren mehrere Parteien teilnehmen, erhält der Schutz von Geschäftsgeheimnissen eine besondere Bedeutung. Aus diesen Gründen können in den Bereichen Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG), rechtliches Gehör (Art. 30-31 VwVG) sowie Eröffnung und Begründung der Verfügungen (Art. 34 und 35 VwVG) spezifische Regeln notwendig werden. Dem Bundesrat soll deshalb in Artikel 24 Absatz 2 FMG die Kompetenz gegeben werden, bei der Ausgestaltung solcher Verfahren von den erwähnten Regeln des VwVG abweichen zu können. Dies gilt sowohl für das erstinstanzliche als auch für das Beschwerdeverfahren. Das Verfahren muss aber auf jeden Fall den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz folgen und garantiert insbesondere, dass alle von den Gesuchstellerinnen gemachten Angaben vertraulich bleiben können. Die entsprechenden Regeln lehnen sich eng an die im Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1) vorgesehene Ordnung an.

Ausschreibungsverfahren sollen nicht durch die Einlegung von Rechtsmitteln ungerechtfertigt verzögert oder sogar verhindert werden können. Diese Gefahr besteht insbesondere dort, wo mögliche Gesuchstellerinnen eine Ausschreibung für Funkfrequenzen z.B. aus finanziellen oder technischen Gründen lieber erst zu einem späteren Zeitpunkt sehen würden. Im Falle von Verzögerungen oder Verschiebungen müssten die eingehenden Fernmeldedienstanbieterinnen ihre Business- und Finanzierungspläne vollständig überarbeiten und ihre Bankgarantien, die sich bei einer Auktion auf Dutzende von Millionen Franken belaufen können, erneuern. Dies wäre für die eingehenden Fernmeldedienstanbieterinnen eine unzumutbare Belastung. Derartige Verzögerungen würden sich aber auch negativ auf die Entwicklung des Schweizer Telekommunikationsmarktes und damit auf den Wirtschaftsstandort Schweiz auswirken. Deshalb sollen gemäss Artikel 24 Absatz 3 FMG verfahrensleitende und andere Zwischenverfügungen nicht selbstständig durch Beschwerde anfechtbar sein. Dies gilt nicht für die Endverfügungen.

2.1.3.2 Artikel 24a bis 24f und Artikel 27

Artikel 24a bis 24f enthalten die Bestimmungen der bisherigen Artikel 5, 7 bis 10 und 13, auf die Artikel 27 verweist. Artikel 27 wird aufgehoben.

In Artikel 24d wird das im Vorentwurf zur RTVG-Revision vorgesehene System der Übertragung von Zugangsrechten übernommen (vgl. Art. 48 des Vorentwurfs der öffentlichen Vernehmlassung). Für Funkkonzessionen und für die Grundversorgungs-konzession (vgl. Art. 19b) wird die Schwelle für Änderungen der Beteiligungsverhältnisse, die als wirtschaftlicher Übergang und somit als Übertragung gelten, aber höher angesetzt (50%). Geringfügigere Änderungen der Beteiligungsverhältnisse (20 bis 50%) müssen der Konzessionsbehörde gemeldet werden.

Die ausdrückliche Erwähnung der Kompetenz der Konzessionsbehörde, Funkkonzessionen zu ändern oder zu widerrufen (Art. 24e), schafft Rechtssicherheit für die mit der Spektrumsverwaltung betraute Behörde. Da die Industrie in immer kürzeren Abständen neue Typen von Funkanlagen entwickelt, erfordert eine effiziente Verwaltung des Frequenzspektrums, dass dieses nach dem Widerruf von in einem bestimmten Frequenzband erteilten Funkkonzessionen neu aufgeteilt werden kann. Mit Hilfe der heute für die Neuaufteilung von Frequenzbändern verwendeten Instrumente wird es künftig nicht mehr möglich sein, den Zugang zum Frequenzspektrum zu einem Zeitpunkt sicherzustellen, der für die neue Technologie und für die Wirtschaft im Allgemeinen optimal ist. Im Falle der Änderung oder des Widerrufs der Funkkonzession hat die Konzessionärin natürlich Anspruch auf eine Entschädigung, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für eine solche gegeben sind.

Die Veröffentlichung von Informationen über die Zuteilung und Zuweisung von Frequenzen (Art. 24f) ist in Artikel 5 der Frequenzentscheidung der Europäischen Union vorgesehen. Über die Sendestandorte einer Konzessionärin kann nur auf Anfrage Auskunft gegeben werden (Abs. 1). Hingegen ist die Veröffentlichung von Sendestandorten ohne Erwähnung der sie betreibenden Konzessionärinnen im Rahmen von Absatz 2 möglich⁸.

2.1.4 Adressierungselemente; Artikel 28

Die Domain-Namen der Zone “.ch” werden nach Artikel 28 Absatz 2 FMG von der Stiftung Switch verwaltet. Es ist schwierig, Missbräuche im Bereich dieser Adressierungselemente (“Cybersquatting”), die zur immateriellen, grenzenlosen und sich rasch entwickelnden Welt des Internets gehören, auf dem ordentlichen Rechtsweg zu bekämpfen. Deshalb ermöglicht das Gesetz, in Anlehnung an die UDRP-Regelung (Uniform Dispute Resolution Policy) der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) vertragliche Verfahren für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen “geschädigten Dritten” und den Inhaberinnen von Domain-Namen einzuführen. Ein solcher Streitbeilegungsdienst ist aber nur dann wirksam, wenn er für alle Inhaberinnen von Domain-Namen obligatorisch ist. Es handelt sich dabei natürlich nicht um einen neuen Rechtsweg und zivilrechtliche Klagen bleiben jederzeit vorbehalten.

⁸ Vgl. heute bereits die unter http://www.bakom.ch/de/funk/freq_nutzung/standorte/index.html verfügbaren Informationen.

2.1.5 Fernmeldeanlagen

2.1.5.1 Artikel 31 bis 34

Artikel 31 wurde vor allem in formeller Hinsicht überarbeitet, um die einzelnen Absätze besser aufeinander abzustimmen.

Zu den wichtigsten Vorschriften, die der Bundesrat festlegen können muss, gehören die neu in Absatz 1 erwähnten grundlegenden Anforderungen, d.h. sehr allgemein formulierte Anforderungen, welche die Fernmeldeanlagen erfüllen müssen, um angeboten, in Verkehr gebracht, erstellt und betrieben zu werden. Diese grundlegenden Anforderungen werden vom BAKOM auf die in Absatz 2 vorgesehenen beiden Arten konkretisiert. Grundlegende Anforderungen gelten für Fernmeldeanlagen, für die es möglicherweise noch keine Normen gibt. Im Falle solcher Anlagen kann das BAKOM keine Normen bezeichnen oder für verbindlich erklären. Aus diesem Grund muss für die Verpflichtung des BAKOM nach Absatz 2 ein Vorbehalt vorgesehen werden. Falls das BAKOM keine Norm bezeichnet oder für verbindlich erklärt hat, müssen die Anlagen, die noch nicht genormte Technologien nutzen, somit gemäss Absatz 4 den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, um angeboten und in Verkehr gebracht zu werden. In Absatz 4 wurde der Begriff *Vorschriften* aus folgenden beiden Gründen durch *grundlegende Anforderungen* ersetzt. Erstens sind die Normen, Spezifikationen usw., um die es in diesem Absatz geht, mit den grundlegenden Anforderungen und nicht mit anderen Vorschriften, z.B. der Kennzeichnung, verbunden. Zweitens könnte der Bundesrat, ohne grundlegende Anforderungen festgelegt zu haben, Vorschriften in Bezug auf die Anmeldung, die Benutzerinformationen usw. erlassen.

Die Anpassung in Artikel 3 ist auf die Umwandlung des Bundesamtes für Aussenwirtschaft in das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) zurückzuführen.

Wenn Gründe der fernmeldetechnischen Sicherheit vorliegen, dürfen nach Absatz 5 bestimmte Fernmeldeanlagen nur an besonders befähigte Personen abgegeben werden. Damit diese Einschränkung durchgesetzt und vermieden werden kann, dass solche Anlagen an unbefugte Personen abgegeben werden, muss das BAKOM die Möglichkeit haben, auch die Einzelheiten der Abgabe der Anlagen festzulegen (z.B. gegen Vorlage eines Belegs).

Artikel 32 wurde dahingehend ergänzt, dass der Bundesrat Ausnahmen für den in diesem Artikel definierten Grundsatz festlegen kann. Kein Vorbehalt ist beispielsweise vorgesehen für den Fall, dass eine Änderung der Frequenzzuweisung dazu führen würde, dass die sich in Betrieb befindlichen Funkanlagen gestört werden und den neu eingeführten Funkdienst stören könnten.

Die Anpassung von Artikel 34 (neuer Absatz 1^{bis}) ist auf die neuen Verfahren für das Inverkehrbringen zurückzuführen, die aus der Richtlinie 99/5/EG über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (R&TTE) in die schweizerische Gesetzgebung übernommen wurden. Da die Verantwortung bei diesen neuen Verfahren beim Hersteller liegt und vor dem Inverkehrbringen der Anlagen keine staatliche Kontrolle vorgesehen ist, kann es lange dauern, bis die Nichtkonformität von störenden Fernmeldeanlagen nachgewiesen ist. In der Zwischenzeit muss das BAKOM Massnahmen ergreifen können, um weitere Störungen zu verhindern. Artikel 33 findet in diesem Fall keine Anwendung, da sich seine Bestimmungen nur auf nichtkonforme Anlagen beziehen.

2.1.5.2 Artikel 35 bis 37

In Artikel 36 Absatz 2 wird präzisiert, dass nicht nur die gemeinsame Nutzung von Fernmeldeanlagen, sondern auch von anderen Anlagen, z.B. von Kabelkanalisationen oder Sendestandorten (Antennenmasten), vorgeschrieben werden kann. Ferner soll das BAKOM mehrere Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur gemeinsamen Nutzung ihrer Anlagen verpflichten können, bevor diese errichtet worden sind. Der Verweis auf die Interkonnektionsregeln schliesslich erübrigt sich, da sowohl der Umfang der Entschädigung als auch das Verfahren in Artikel 36 Absatz 2 festgehalten sind.

In Artikel 37 sind es vor allem die Kabelkanalisationen und weniger die Leitungen, die vom Akzessionsprinzip (Art. 667 Abs. 1 ZGB) ausgenommen werden sollen. In Artikel 35 ist diese Präzisierung weniger notwendig, da der Bau und die Verlegung von Leitungen implizit auch den Bau und die Verlegung der Kabelkanalisationen umschliessen.

2.1.6 Abgaben

2.1.6.1 Artikel 38

Im System der allgemeinen Meldepflicht müssen alle Fernmeldediensteanbieterinnen, nicht wie heute die Fernmeldedienstkonzessionärinnen, zur Finanzierung der Grundversorgung beitragen, was im Übrigen gerechter erscheint. Allerdings kann der Bundesrat Anbieterinnen mit einem sehr geringen Umsatz von diesem Beitrag befreien.

Der Verweis auf die mehrwertsteuerpflichtigen Umsätze wird gestrichen. Zum einen werden die Telekommunikationsdienstleistungen im Mehrwertsteuergesetz (SR 641.20) und im FMG nicht auf dieselbe Weise definiert. Zum anderen verfügt die Mehrwertsteuerverwaltung nur über globale Umsatzzahlen. Viele Anbieterinnen von Fernmeldediensten sind aber noch in weiteren Bereichen aktiv, so dass es schwierig ist, den Umsatz aus der Erbringung von Fernmeldediensten vom Umsatz aus anderen Diensten zu unterscheiden. Der Bundesrat wird deshalb die nötigen Vorkehrungen treffen, um den Umsatz der Fernmeldediensteanbieterinnen festzulegen, auf dessen Basis die Gebühr für die Grundversorgung ermittelt wird.

2.1.6.2 Artikel 39

Da sich der Begriff "Frequenzklasse" (Abs. 2 Bst. a) als zu eng erwiesen hat, wird er durch den weiter gefassten Begriff "Frequenzqualität" ersetzt. Der Begriff „Frequenzklasse“ wird in Artikel 6 der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über Frequenzmanagement und Funkkonzession (FKV; SR 784.102.1) klar definiert. Die Auslegungsmöglichkeiten sind demzufolge auf vorgenannte Definition beschränkt. Dies bedeutete bis anhin, dass eine Frequenz in einer bestimmten Frequenzklasse z.B. unabhängig von ihrer Nutzungsregion überall den gleichen Preis hat. Aus ökonomischer Sicht ist jedoch davon auszugehen, dass eine Frequenz, welche für die Nutzung in städtischen Gebieten konzessioniert worden ist, weniger Wert hat als für die Nutzung in ländlichen Gebieten. Aus diesem Grund drängt es sich auf, dass der Begriff "Frequenzqualität" eingeführt wird, damit der Frequenzpreis dem effektiven Nutzen und den daraus entstehenden Kosten entsprechend bestimmt werden kann. Die FKV

muss in einem nächsten Schritt mit der Definition des neuen Begriffs "Frequenzqualität" ergänzt werden.

Absatz 3 definierte bisher die Konzessionsgebühr als den Steigerungserlös abzüglich der Verwaltungsgebühr. Neu wird präzisiert, dass mit der Verwaltungsgebühr nur diejenigen Kosten gemeint sind, welche für die Ausschreibung, die Durchführung der Versteigerung und die Erteilung der Funkkonzession geschuldet sind. Die Verwaltungsgebühr umfasst damit aber nicht die Kosten für die Folgeaufwendungen wie die Frequenzverwaltung, die Aufsicht, Konzessionsänderungen oder -nachführungen etc. Derartige Aufwendungen werden den Konzessionärinnen in Form von Verwaltungsgebühren separat in Rechnung gestellt. Dies entspricht der bisherigen Praxis (vgl. Art. 7 der Verordnung des UVEK vom 22. Dezember 1997 über Verwaltungsgebühren im Fernmeldebereich; SR 784.106.12).

2.1.6.3 Artikel 40

Die Änderungen in Absatz 1 sind Ergänzungen oder Anpassungen an die durch die neuen Bestimmungen entstandenen zusätzlichen Aufgaben der zuständigen Behörden.

Zu Absatz 1 Buchstabe d siehe Artikel 12c. Es ist an eine aufwandsabhängige Gebühr entsprechend Artikel 3a der Verordnung des UVEK über Verwaltungsgebühren im Fernmeldebereich gedacht.

Wird eine Tätigkeit an einen Dritten übertragen (Abs. 2), muss dieser den Preis für seine Dienste frei festsetzen können. Das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip finden hier keine Anwendung. Allerdings sind Instrumente zur Verhinderung von Missbräuchen vorzusehen, namentlich bei ungenügendem Wettbewerb.

2.1.6.4 Artikel 41

Die Höhe der Gebühren für die Finanzierung der Grundversorgung kann vom Bundesrat nicht im Voraus festgelegt werden. Er kann lediglich Bestimmungen über die Berechnungsgrundlagen erlassen.

2.1.7 Fernmeldegeheimnis

2.1.7.1 Artikel 44a

Diese neue Bestimmung betrifft die Daten, die zur Standortbestimmung der Mobilfunkteilnehmerinnen und -teilnehmer für andere Dienste als die eigentlichen Gespräche verwendet werden. Anhand dieser Daten können die Fernmeldedienst-anbieterinnen oder Dritte den Kundinnen und Kunden spezifische Leistungen anbieten, die sich auf deren aktuellen Aufenthaltsort beziehen, z.B. das Kinoprogramm oder Hotelinformationen. Wie in Artikel 9 der Datenschutzrichtlinie muss auch in das FMG eine besondere Bestimmung aufgenommen werden, welche die Verarbeitung der betreffenden Daten auf die Bereitstellung ganz bestimmter Dienste beschränkt und die vorherige Einwilligung der Kundinnen und Kunden erfordert.

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1; vgl. Art. 44) wird von Artikel 44a nicht betroffen. Als *lex specialis* wird es in allen Fällen angewandt, die seinem Geltungsbereich unterstehen. Die Aufenthaltsbestimmung vermisster Personen wird bei der nächsten Revision des BÜPF berücksichtigt werden.

2.1.7.2 Artikel 45a

Das *Spamming* wird allgemein durch eine Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb geregelt (vgl. Anhang). Mit dieser Bestimmung soll den Anbieterinnen von Fernmeldediensten mehr Verantwortung übertragen werden. So können Aufsichtsmaßnahmen gegen sie ergriffen werden (Art. 58 und 60), wenn sie zur Übermittlung unerwünschter Werbemitteilungen an ihre Kundinnen und Kunden beitragen. Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit hängen die gestützt auf Artikel 45a getroffenen Massnahmen von der technischen Machbarkeit und den Realisierungskosten ab.

2.1.8 Wichtige Landesinteressen

2.1.8.1 Artikel 48a

Der neu eingeführte Artikel 48a ermöglicht es dem Bundesrat, Auflagen zur Sicherheit und Verfügbarkeit der Fernmeldeinfrastrukturen und -dienste zu machen und damit die Sicherheit in der Telekommunikation zu verbessern. Damit soll den sowohl in der EU⁹ als auch in der Schweiz¹⁰ erkannten Sicherheitsinteressen in der Telekommunikation Rechnung getragen werden. Welche Vorschriften dazu in Zukunft erforderlich sein werden, ist angesichts der technischen Entwicklung nicht voraussehbar. Notwendig erscheinen heute Vorschriften zur Verfügbarkeit, zur Erfassung nichtredundanter Netzelemente und zur Verpflichtung der Betreiberinnen, Netze auch von der Schweiz aus autonom bedienen zu können¹¹. Artikel 48a füllt eine Regelungslücke, denn Artikel 46 FMG schützt die Persönlichkeitsrechte in der Telekommunikation gegen Eingriffe von aussen und Artikel 47 betrifft nur ausserordentliche Lagen.

⁹ Entschliessung des Rates vom 28. Januar 2002 zu einem gemeinsamen Ansatz und spezifischen Massnahmen im Bereich der Netz- und Informationssicherheit, ABl. C 43 vom 16.2.2002, S. 2; Art. 4 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation vom 12.7.2000, KOM (2000) 385 endgültig, ABl. C 365 E vom 19.12.2000, S. 223.

¹⁰ "Sicherheitsinteressen der Schweiz an Rundfunk- und Telekommunikations-Infrastrukturen in ausserordentlichen Lagen", Bericht des Bundesrates an die Sicherheitspolitischen Kommissionen der Eidgenössischen Räte vom 30. November 2001.

¹¹ Vgl. "Sicherheitsinteressen der Schweiz an Rundfunk- und Telekommunikations-Infrastrukturen in ausserordentlichen Lagen", Bericht des Bundesrates an die Sicherheitspolitischen Kommissionen der Eidgenössischen Räte vom 30. November 2001, Ziff. 4.2.1.2 und 4.2.1.5

2.1.9 Strafbestimmungen; Artikel 52

Die effektive Benutzung des Frequenzspektrums (Abs. 1 Bst. b) ist schwierig nachzuweisen. Oft sind die Geräte bei einer Kontrolle zwar "erstellt" (ingerichtet), werden aber selten betrieben oder gar eingeschaltet. Nach Buchstabe d und e sind nicht nur das Betreiben und Erstellen, sondern auch das Inverkehrbringen und Anbieten von Fernmeldeanlagen, die den Vorschriften nicht entsprechen, strafbar. Gleichermassen wird bestraft, wer das Frequenzspektrum ohne Konzession oder im Widerspruch dazu benutzt oder sich auf dessen Benutzung vorbereitet. Eine solche Formulierung findet sich ebenfalls in Artikel 70 Absatz 1 Buchstabe a des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG; SR 784.40). Mit der Änderung in Buchstabe c wird die Art der Nutzung eines Adressierungselements präzisiert, die unter diese Bestimmung fällt.

2.1.10 Aufsicht

2.1.10.1 Artikel 58

Neu beschränkt sich der Anwendungsbereich von Artikel 58 nicht mehr nur auf Konzessionärinnen, sondern auf alle dem Fernmelderecht unterworfenen Personen. Damit wird im Aufsichtssystem des FMG eine Lücke geschlossen, da gemäss dem geltendem Recht gegen gemeldete (also nicht konzessionierte) Fernmeldedienstanbieterinnen sowie gegen Inhaberinnen von Einzelnummern (z.B. 0800, 09XX) keine Aufsichtsmaßnahmen verhängt werden können, obschon auch diese dem FMG unterstehen.

Zudem benötigen Fernmeldediensteanbieterinnen, die das Frequenzspektrum nicht nutzen, keine Konzession mehr. Um diese Personen vergrössert sich der Kreis der dem bisherigen Artikel 58 nicht Unterworfenen.

Es ist gegenwärtig nicht vorgesehen, Aufsichtsaufgaben an privatrechtliche Organisationen zu übertragen (Absatz 1 Satz 2).

Als Folge des grösseren Kreises der Artikel 58 unterworfenen Personen wird die Zuständigkeit für Aufsichtsmaßnahmen von der ComCom an das BAKOM übertragen. Die ComCom hat beispielsweise keine Befugnisse in Bezug auf die Inhaberinnen von Adressierungselementen oder im Bereich der Fernmeldeanlagen. Sie bleibt lediglich in denjenigen Fällen für Aufsichtsmaßnahmen zuständig, in denen sie eine Konzession erteilt hat.

Absatz 2 Buchstabe d wird entsprechend der europäischen Regelung ergänzt, was sich aus dem Wegfall der Konzessionspflicht für alle Fernmeldediensteanbieterinnen ergibt.

2.1.10.2 Artikel 59

Wie bei den Aufsichtsmaßnahmen wird die Auskunftspflicht (Abs. 1) auf alle dem FMG unterstellten Personen ausgeweitet (vgl. auch die spezifischen Bestimmungen in Artikel 29 für die Inhaberinnen von Adressierungselementen und in Artikel 33 für die Kontrolle der Fernmeldeanlagen).

Die amtliche Fernmeldestatistik (Abs. 2) betrifft hingegen nur die meldepflichtigen Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Durch die Ergänzung der betreffenden

Bestimmung wird die nötige Grundlage geschaffen, um die Marktanteile der Anbieterinnen veröffentlichen zu können.

2.1.10.3 Artikel 60

Absatz 1 erfasst entsprechend zu Artikel 58 nicht mehr nur Fernmeldedienst-anbieterinnen, sondern Unternehmen allgemein, also z.B. auch die Inhaberinnen von Einzelnummern.

Der bisherige französische Wortlaut von Absatz 1 bezieht sich auf alle Unternehmen und ist somit weiter gefasst als die deutsche Fassung, die lediglich von den Anbieterinnen von Fernmeldediensten spricht. Der französischen Version ist der Vorzug zu geben, da dadurch auch gegen Unternehmen vorgegangen werden kann, die zwar nicht Fernmeldedienstanbieterinnen, aber trotzdem dem FMG unterstellt sind (Anbieterinnen von Mehrwertdiensten, Inhaberinnen von Betriebsfunkkonzessionen usw.). Hingegen sind Privatpersonen, die kein kommerzielles Unternehmen betreiben, z.B. die Funkamateure, dieser Bestimmung nicht unterstellt.

Die Erzielung eines Vorteiles ist keine Voraussetzung mehr für die Verhängung einer Sanktion. Die Sanktion soll die Durchsetzung des Rechts ermöglichen. Dabei ist es nicht relevant, ob ein Unternehmen durch einen Verstoss einen Vorteil erzielt. Ein solcher Vorteil kann schon im Rahmen der Einziehung der durch die Rechtsverletzung erzielten Einnahmen (Art. 58 Abs. 2 Buchstabe b) berücksichtigt werden.

Absatz 1 wurde zudem dahingehend ergänzt, dass eine Verwaltungssanktion auch bei einem Verstoss gegen anwendbares Recht verhängt werden kann. Diese Ergänzung ermöglicht die Verhängung von Sanktionen gegen nicht konzessionierte Unternehmen bei gravierenden Rechtsverstössen, ohne dass diese Unternehmen zuvor zwingend per Verfügung zur Einstellung des Rechtsverstosses aufgefordert werden müssen. Damit kann die Kommission die Durchsetzung des Fernmelderechts auch im sich rasant verändernden Telekommunikationsmarkt und gegenüber risikobereiten und grossen Unternehmen sicherstellen.

Der durch den Verstoss erzielte Gewinn als Sanktionsobergrenze (dreifache Höhe) ist kein taugliches Kriterium, da ein solcher oft nicht beziffert werden kann. Er wird daher durch die bereits bestehende alternative Obergrenze von zehn Prozent des letzten Jahresumsatzes in der Schweiz ersetzt. Sie wird aber auf eine breitere Basis gestellt: Nicht allein der letzte Jahresumsatz, sondern der Durchschnitt aus den letzten drei Jahresumsätzen ist nunmehr massgeblich.

Wie in Artikel 58 wird die Kompetenzregelung zwischen BAKOM und ComCom angepasst (Abs. 2).

Der neu eingeführte Absatz 3 nennt die wichtigsten Grundlagen für die Entscheidung über die Sanktionshöhe. Die Schwere des Verstosses und die finanziellen Verhältnisse des Unternehmens konkretisieren den allgemein geltenden Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

2.1.11 Schlussbestimmungen

2.1.11.1 Vollzug; Artikel 62

Der neue Absatz 3 könnte sich als sehr nützlich erweisen, wenn die grossen Fernmeldedienstanbieterinnen selbst technische und administrative Vorschriften festlegen, namentlich im Bereich der Nummernportabilität und der freien Wahl der Anbieterin. Allerdings muss diese Allgemeinverbindlicherklärung auch den Interessen der kleineren Anbieterinnen Rechnung tragen und verhindern, dass diese unangemessen hohe Investitionen zu tätigen haben.

2.1.11.2 Übergangsbestimmungen; Artikel 68a

Die GSM-, WLL- und UMTS-Konzessionen behalten ihre Gültigkeit als Funkkonzessionen. Ihr Inhalt muss jedoch angepasst werden. So sind namentlich alle Bestimmungen zu streichen, die nicht strikt die Benutzung des Frequenzspektrums betreffen, insbesondere die Verpflichtungen betreffend die Bereitstellung von Fernmeldediensten (Notrufe, Interoperabilität, Fernmeldegeheimnis usw.). Nach Artikel 24 Absatz 1 kann die Funkkonzession jedoch spezifische Verpflichtungen in Bezug auf das Roaming und die Versorgung des Gebiets und der Bevölkerung enthalten.

2.2 Änderung von Bundesgesetzen; Artikel 3 UWG

Der neue Buchstabe n leistet der Motion Sommaruga (00.3393: Elektronische Massenwerbesendungen. "Spamming") Folge. Er konkretisiert das in Artikel 13 der Datenschutzrichtlinie vorgesehene "*Opt-in*"-Modell und geht damit weiter als der heutige Artikel 65 Absatz 1 FDV ("*Opt-out*"-Modell). Alle Arten der elektronischen Kommunikation (Telefon, Fax, SMS, E-Mail) werden von dieser Bestimmung erfasst, unabhängig davon, ob es sich um einen Massenversand oder um individuelle Nachrichten handelt. Diese Frage wird nicht im FMG, sondern im UWG geregelt, weil es in erster Linie um die Benutzerinnen und Benutzer (und nicht um die Anbieterinnen) von Fernmeldediensten geht. In einem kürzlich gefassten Entscheid hielt die Lauterkeitskommission fest, dass Werbemittelungen per E-Mail, die ohne die Einwilligung der Empfängerinnen und Empfänger erfolgen oder an Kundinnen und Kunden gerichtet sind, die nicht in einer Geschäftsbeziehung mit dem Absender der Nachricht stehen, im Sinne des UWG unlauter sind. Besteht zwischen dem Empfänger der Werbemittelung und deren Absender eine Geschäftsbeziehung, so kann der Empfänger trotzdem jederzeit festhalten, dass er keine solchen Mittelungen mehr erhalten möchte. Natürlich gelten die im UWG vorgesehenen zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen.

3 Auswirkungen

3.1 Personelle und finanzielle Auswirkungen

3.1.1 Auswirkungen auf den Bund

Durch den Wegfall der Fernmeldedienstkonzessionen verringert sich der Umfang der entsprechenden Aufgaben des BAKOM und der ComCom. Dies wird wahrscheinlich

durch die neu hinzukommenden Aufgaben im Bereich der Aufsicht kompensiert werden. Insgesamt dürfte aber in diesem Bereich kein zusätzlicher Mitarbeiterbedarf entstehen. Hingegen sind auf Grund der erweiterten Verpflichtungen der beherrschenden Anbieterinnen und der Einführung einer *Ex-ante*-Regulierung Spezialisten im Bereich der Marktanalyse und der Kostenberechnung einzustellen. Obwohl mit der Gesetzesrevision die Streitbeilegungsverfahren zwischen den Anbieterinnen von Fernmeldediensten an Bedeutung einbüßen dürften, wird für die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Anbieterinnen und Kundinnen und Kunden ebenfalls zusätzliches Personal benötigt. Insgesamt dürfte der zusätzliche Mitarbeiterbedarf jedoch nicht mehr als sechs Vollzeitstellen betragen.

Die sich daraus ergebenden Zusatzkosten für die zuständigen Behörden werden via Gebührenerhebung vom Sektor selbst getragen werden.

3.1.2 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Der im Entwurf nicht wesentlich veränderte Artikel 19 (finanzielle Abgeltung für die Grundversorgung) ist der Ausgabenbremse unterstellt (vgl. Botschaft des Bundesrates zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996; BBl 1996 III 1467).

3.1.3 Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden

Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen ändert sich nicht. Auch weiterhin werden die Kantone und Gemeinden hauptsächlich von den Verfahren im Zusammenhang mit der Benutzung von Boden im Gemeindegebrauch und der Erteilung von Baubewilligungen für die Errichtung von Fernmeldeanlagen betroffen sein. Denkbar wäre höchstens eine stärkere Inanspruchnahme der Zivilgerichte im Rahmen des Vollzugs von Zugangs- und Interkonnektionsvereinbarungen (vgl. Art. 11 Abs. 4), da die Zahl der Streitigkeiten in Bezug auf den Abschluss solcher Vereinbarungen mit Sicherheit abnehmen wird (vgl. Ziffer 3.1.1). Insgesamt ist sicher nicht mit zusätzlichem finanziellem und personellem Aufwand zu rechnen, da sich dank der Einführung eines Schlichtungsverfahrens weniger Kundinnen und Kunden an den Zivilrichter wenden werden.

3.2 Wirtschaftliche Auswirkungen

3.2.1 Auswirkungen auf die verschiedenen Akteure des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens

Dank der Aufhebung der Konzessionen für Fernmeldedienste müssen die neu in den Markt eintretenden Unternehmen, die das Funkfrequenzspektrum nicht benutzen, keine Dossiers mehr erstellen und Gesuche einreichen, bevor sie grünes Licht für die Aufnahme ihrer Tätigkeit erhalten. Damit sparen sie Zeit und Geld. Im Übrigen wird im neuen System die möglicherweise notwendige Finanzierung der Grundversorgung auf alle auf dem Markt aktiven Anbieterinnen von Fernmeldediensten verteilt und nicht mehr allein von den Konzessionärinnen getragen. Diese gerechtere Aufteilung bietet den Vorteil, dass Unternehmen, die grössere Risiken auf sich nehmen und Investitionen in die Infrastruktur tätigen, nicht benachteiligt werden und somit nicht dazu übergehen,

ihre Aktivitäten so zu strukturieren¹², dass sie der Konzessionsgebührenpflicht teilweise entgehen.

Durch die Einführung einer *Ex-ante*-Regulierung im Bereich des Zugangs und der Interkonnektion werden langwierige und kostspielige Verfahren mit unsicherem Ausgang vermieden. Neue Marktteilnehmerinnen können somit ihre Entscheide über Produktionsverfahren in einem transparenteren und stabileren Umfeld treffen, was zu einer effizienteren Ressourcenverteilung führen wird.

Mit der neuen Regelung, die den Wettbewerb ankurbeln und fördern soll, dürfte sich die Vorzugsstellung der ehemaligen Monopolistin abschwächen. Dennoch stellen diese Änderungen auch für sie eine Motivation und Chance dar, in ihren Anstrengungen im Wettstreit um Effizienz nicht nachzulassen. Die erforderlichen Anreize zur langfristigen Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens sind somit vorhanden und werden mit Sicherheit eine positive Rolle spielen.

Mehr Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt hat zweifellos Vorteile für Unternehmen und Konsumentinnen und Konsumenten (niedrigere Preise, Einführung neuer Dienste, um den Bedürfnissen besser nachzukommen usw.). Im Übrigen werden die neue Pflicht der Fernmeldedienstanbieterinnen zur Veröffentlichung von Informationen über die Qualität der Dienstleistungen sowie die Einrichtung einer Schlichtungsstelle den Markt entlasten und die Transaktionskosten verringern.

3.2.2 Volkswirtschaftliche Auswirkungen

Die vorgeschlagenen Massnahmen bezwecken in erster Linie eine Verbesserung der allgemeinen Funktionsbedingungen des Marktes. Ihr Erfolg ist somit nicht de facto garantiert, sondern hängt von der Umsetzung dieser Massnahmen und im Wesentlichen auch davon ab, ob auf dem Markt alternative, wirklich handlungsfähige Anbieterinnen vorhanden sind und die Konsumentinnen und Konsumenten gewillt sind, für neue Dienste zu bezahlen.

Sollte sich die gewünschte Intensivierung des Wettbewerbs einstellen, so wird sie zu einem erhöhten Druck auf die Kosten für die Erbringung von Fernmeldediensten führen und geschäftliche sowie technologische Innovationen fördern. Dies hat eine effizientere Ressourcenverteilung, tiefere Preise und eine optimale Berücksichtigung der Verbraucherinteressen zur Folge.

Wenn man weiss, dass 2 bis 4% der Direktkosten europäischer Unternehmen den Telekommunikationseinrichtungen und -diensten zuzuschreiben sind¹³, kann man davon ausgehen, dass ein differenziertes Angebot an Fernmeldediensten zu konkurrenzfähigen Preisen zu einer Produktivitätssteigerung und verstärkter internationaler Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen beitragen wird. Attraktivere Bedingungen nützen allen Wirtschaftszweigen, ganz besonders aber den Hochtechnologie- und den Dienstleistungssektoren mit hoher Wertschöpfung (z.B. Finanz, Versicherungen, Forschung und Entwicklung), also denjenigen Sektoren, die das Wachstum fördern und neue Arbeitsplätze schaffen.

Grundsätzlich sind die neuen Dienste, namentlich die Breitbanddienste, zunächst an Unternehmen und an das obere Segment des Konsumentenmarkts gerichtet. Mit

¹² Z.B. durch Gründung von melde- aber nicht konzessionspflichtigen Unternehmen.

¹³ Quelle: *Analysys*, Report Number 01-263, 25. September 2001, S. 53.

zunehmenden Marktwachstum und der Realisierung von Markteffekten werden die Dienste dank niedrigerer Preise für breite Kreise der Bevölkerung zugänglich. Damit wird ein weiterer Schritt in Richtung der vom Bundesrat gewünschten Informationsgesellschaft¹⁴ gemacht.

Ein anderes positives Signal wird durch den politischen Willen gesetzt, den Wettbewerb zu verstärken und die Eurokompatibilität unserer Gesetzgebung zu erhöhen. Dies bekräftigt die Bedeutung, welche die Schweiz Themen wie der Marktöffnung und dem Wettbewerb beimisst, was wiederum die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz fördert und neue Investoren anlockt.

3.2.3 Praktische Aspekte des Vollzugs

Die Umsetzung der vorgeschlagenen Massnahmen führt zu einer neuen Aufgabenverteilung zwischen den betroffenen Behörden (BAKOM und ComCom) und erfordert die Schaffung zusätzlicher Stellen. Die sich am stärksten auswirkenden Massnahmen – also die Erweiterung der Verpflichtungen der marktbeherrschenden Anbieterinnen und die Einführung einer *Ex-ante*-Regulierung – sollen in erster Linie die Umstellung vom Monopolbetrieb auf den wirksamen Wettbewerb begleiten. Mit zunehmendem Wettbewerb im Bereich der Infrastrukturen dürften diese Änderungen deshalb an Bedeutung verlieren. Definitiv überholt werden die neuen Bestimmungen dann sein, wenn auf keinem der als relevant erachteten Märkte mehr eine beherrschende Anbieterin vorhanden ist.

3.3 Andere Auswirkungen

Durch die Annäherung des schweizerischen Rechts an den Rechtsrahmen der Europäischen Union kann das BAKOM auch künftig seine Erfahrungen mit den europäischen Partnern teilen und eine aktive Rolle innerhalb der IRG (*Independent Regulators Group*) bzw. der ERG (*European Regulators Group*) spielen, die von der Europäischen Kommission im Rahmen des Erlasses der neuen Richtlinien geschaffen wurde. Dadurch wird auch der Abschluss eines bilateralen Abkommens mit der EU im Dienstleistungsbereich massgeblich erleichtert. Ferner kann auf diese Weise die Position der Schweiz in der Welthandelsorganisation gestärkt werden.

4 Legislaturplanung

Die Vorlage ist im Bericht über die Legislaturplanung 1999-2003 (BBI **2000** III 2276) nicht angekündigt. Sie dürfte aber in das nächste Legislaturprogramm aufgenommen werden.

¹⁴ Vgl. Strategie des Bundesrates für eine Informationsgesellschaft in der Schweiz vom 18. Februar 1998.

5

Verhältnis zum europäischen Recht

Die Europäische Union hat ihren Rechtsrahmen im Telekommunikationsbereich überarbeitet. Für elektronische Kommunikationsdienste gelten heute folgende Rechtsgrundlagen:

- Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss¹⁵;
- Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie)¹⁶;
- Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie)¹⁷;
- Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie)¹⁸;
- Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie)¹⁹;
- Richtlinie 2002/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie)²⁰;
- Entscheidung Nr. 676/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen Rechtsrahmen für die Funkfrequenzpolitik in der Europäischen Gemeinschaft (Frequenzentscheidung)²¹;
- Richtlinie 2002/.../EG der Kommission vom ... über den Wettbewerb auf dem Markt für elektronische Kommunikationsdienste ("..."richtlinie)²².

Die Verordnung über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss ist direkt anwendbar und trat am 1. Januar 2001 in Kraft. Die Richtlinien des Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 müssen von den Mitgliedstaaten bis zum 24. Juli 2003 in nationales Recht umgesetzt werden.

Der Entwurf zu einer Änderung des FMG ist zu einem grossen Teil von der Absicht geprägt, die schweizerische Gesetzgebung an die in der EU geltende Regelung anzupassen (vgl. Ziffer 1.1.1 oben). Diese wird jedoch nicht vollständig übernommen. So kann die ComCom zwar eine Anbieterin von Fernmeldediensten als auf einem bestimmten Markt beherrschend bezeichnen, deren spezifischen Verpflichtungen sind aber durch das Gesetz bereits vorgegeben. In den EU-Mitgliedstaaten hingegen können

¹⁵ Abl. L 336 vom 30.12.2000, S. 4.

¹⁶ Abl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33.

¹⁷ Abl. L 108 vom 24.04.2002, S. 7.

¹⁸ Abl. L 108 vom 24.04.2002, S. 21.

¹⁹ Abl. L 108 vom 24.04.2002, S. 51.

²⁰ Diese Richtlinie wurde noch nicht genehmigt; vgl. Richtlinienvorschlag in Abl. C 365 E vom 19.12.2000, S. 223.

²¹ Abl. L 108 vom 24.04.2002, S. 1.

²² Diese Richtlinie wurde noch nicht genehmigt; vgl. Richtlinienvorschlag in Abl. C 96 vom 27.03.2001, S. 2.

die nationalen Regulierungsbehörden die besonderen Pflichten der beherrschenden Anbieterin nach eigenem Ermessen im Rahmen der in den Richtlinien definierten Möglichkeiten festlegen (vgl. namentlich Art. 8 Abs. 2 und 4 der Zugangsrichtlinie). Es scheint jedoch nicht gerechtfertigt, der ComCom einen solchen Ermessensspielraum einzuräumen, da die Bezeichnung als beherrschende Anbieterin an sich und nicht die Bewertung der besonderen Umstände bestimmte Verpflichtungen nach sich ziehen soll.

Ferner ist ausser für die Dienste der Grundversorgung (vgl. Art. 17 Abs. 2 FMG) und für die Mehrwertdienste (Art. 12*b* des Entwurfs) kein System zur Kontrolle der Detailpreise vorgesehen (vgl. Art. 16 Abs. 1 Bst. a und Art. 17 der Universalienrichtlinie). Die vorhandenen Instrumente auf Ebene der Grossistenpreise der beherrschenden Anbieterinnen (Kostenorientiertheit), die kartellrechtlichen Bestimmungen (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) sowie das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Preisbekanntgabe an Konsumenten) dürften ausreichen, um marktgerechte, angemessene Preise zu garantieren. Im Übrigen würde eine detaillierte Regelung des Vertrags für die Erbringung von Fernmeldediensten, wie es in der Europäischen Union der Fall ist (vgl. Art. 20 der Universalienrichtlinie), zu stark in die privatrechtliche Beziehung zwischen Kundin oder Kunde und Anbieterin eingreifen.

Trotz dieser Unterschiede entspricht der Entwurf grundsätzlich den europäischen Bestimmungen. Bei der nächsten bilateralen Verhandlungsrunde über die Dienstleistungen dürfte die Europäische Union aber eine möglichst umfassende Übernahme des Gemeinschaftsrechts fordern. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass diese Regelungsunterschiede später wieder aufgegriffen und entsprechende Anpassungen im schweizerischen Recht vorgenommen werden müssen.

6 Rechtliche Grundlagen

6.1 Verfassungsmässigkeit

Das FMG stützt sich auf Artikel 92 der Bundesverfassung. Die vorgeschlagenen Änderungen richten sich nach demselben Artikel. Die Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb erfolgt im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bestimmungen, auf die es sich stützt (Art. 95, 97, 122 und 123 BV).

6.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Die vorgeschlagenen Änderungen delegieren die Rechtsetzung in folgenden Punkten an den Bundesrat:

- Einzelheiten der Meldung und der regelmässigen Aktualisierung der Liste der Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Art. 4 Abs. 4);
- Art und Gestaltungsgrundsätze der Rechnungslegungs- und Finanzinformationen, welche die marktbeherrschenden Anbieterinnen von Fernmeldediensten vorlegen müssen (Art. 11*a*);
- Pflicht der Anbieterinnen von Fernmeldediensten, Informationen über die Qualität der von ihnen angebotenen Dienste zu veröffentlichen (Art. 12*a*);
- Festsetzung von Preisobergrenzen für Mehrwertdienste (Art. 12*b*);

- Schlichtungsverfahren (Art. 12c Abs. 4);
- Bearbeitung von Personendaten durch die ComCom und das BAKOM (Art. 13a Abs. 3);
- Pflicht zur Führung eines Universalverzeichnisses der Teilnehmerinnen und Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst (Art. 16 Abs. 1 Bst. d);
- Verpflichtungen für die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung (Art. 21a);
- Einrichtung eines Streitbeilegungsdienstes im Rahmen der Übertragung der Verwaltung von Adressierungselementen an Dritte (Art. 28 Abs. 2);
- Ausnahmen für das Erstellen und Betreiben einer Fernmeldeanlage (Art. 32);
- Befreiung von der Gebühr für die Finanzierung der Grundversorgung und Einzelheiten der Bereitstellung der Informationen, die für die Aufteilung und Kontrolle der ungedeckten Kosten der Grundversorgung benötigt werden (Art. 38 Abs. 3 und 4);
- Einzelheiten der Finanzierung der Grundversorgung (Art. 41 Abs. 1);
- Sicherheit und Verfügbarkeit der Fernmeldeanlagen oder -dienste (Art. 48a).

Ferner wird dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) die Kompetenz eingeräumt, Preisobergrenzen für die Dienste einer mit der Erledigung einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit betrauten Stelle festzulegen (Art. 40 Abs. 2).

Artikel 62 Absatz 3 schliesslich erteilt der ComCom die Kompetenz, multilaterale Vereinbarungen zwischen den Anbieterinnen von Fernmeldediensten für verbindlich zu erklären.