

Stellungnahme zur Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG

15.9.2006

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung

A Verordnung über Fernmeldedienste (FDV)

1	Begriff „Benutzerinnen/Benutzer“ (Art. 1 Bst. a des FDV-Entwurfes)	6
2	Lehrstellen (Art. 9 des FDV-Entwurfes)	6
3	Massnahmen zur Gewährung der Preistransparenz (Art. 10 des FDV-Entwurfes)	7
3.1	Zu Abs. 1	7
3.2	Zu Abs. 2	8
3.3	Änderungsantrag	9
4	Verzeichnisse (Art. 11, 16 und 29 des FDV-Entwurfes)	10
4.1	Adressierungselemente	10
4.2	Mindestinhalt	11
4.3	Überwälzung der Kosten	12
4.4	Änderungsantrag	15
5	Geltungsbereich der Preisobergrenzen der Grundversorgung (Art. 23 des FDV-Entwurfes)	16
5.1	Beratung der FMG-Revision im Nationalrat	16
5.2	Änderungsantrag	18
6	Horizontale Regelung der Notrufdienste (Art. 15 und Art. 28 des FDV-Entwurfes)	18
7	Interoperabilität (Art. 30 des FDV-Entwurfes)	20
8	Mehrwertdienste (Art. 1 Bst. c und Art. 34 – 40 des FDV-Entwurfes)	21
8.1	Begriff „Mehrwertdienst“ (Art. 1 Bst. c des FDV-Entwurfes)	21
8.1.1	Unbefriedigende Begriffsdefinition	21
8.1.2	Neues Konzept für die Mehrwertdienstdefinition	22
8.1.3	Änderungsantrag	23
8.2	Mehrwertdienste mit erotischen oder pornographischen Inhalten (Art. 35, 39 und 40 des FDV-Entwurfes)	23
8.3	Erkennbarkeit von Mehrwertdiensten (Artikel 35 des FDV-Entwurfes)	24
8.4	Anbieterinnen von Mehrwertdiensten (Art. 36 des FDV-Entwurfes)	24
8.4.1	Zu Abs. 1	25
8.4.2	Zu Abs. 2	25
8.4.3	Änderungsantrag	26
8.4.4	Eventualantrag zu Abs. 2	26
8.5	Verrechnung von Mehrwertdiensten (Art. 37 des FDV-Entwurfes)	26
8.5.1	Zu Abs. 1	26
8.5.2	Zu Abs. 2	27
8.5.3	Zu Abs. 3	27
8.5.4	Zu Abs. 4	28
8.5.5	Änderungsantrag	28
8.6	Preisobergrenzen für Mehrwertdienste (Art. 38 des FDV-Entwurfes)	28

8.6.1	Zu Abs. 1	29
8.6.2	Zu Abs. 3	29
8.6.3	Zu Abs. 4	29
8.7	Sperrung des Zugangs zu Mehrwertdiensten (Art. 39 des FDV-Entwurfes)	30
8.7.1	Zu Abs. 3	30
8.7.2	Zu Abs. 4	30
8.7.3	Änderungsantrag	30
8.8	Schutz von Minderjährigen (Art. 40 des FDV-Entwurfes)	31
8.9	Schlussbemerkung	31
9	Schlichtungsstelle (Art. 41 – 48 des FDV-Entwurfes)	32
9.1	Vorbemerkung	32
9.2	Verfahrensgrundsätze (Art. 43 des FDV-Entwurfes)	32
9.2.1	Zu den Absätzen 1 und 4 - 7	32
9.2.2	Änderungsantrag	33
9.3	Verhältnis zu anderen Verfahren (Art. 44 des FDV-Entwurfes)	34
9.4	Verpflichtungen der Anbieterinnen (Art. 45 des FDV-Entwurfes)	34
9.4.1	Zu Abs. 1 und 2	34
9.4.2	Zu Abs. 3	34
9.4.3	Änderungsantrag	35
9.5	Persönliche Daten (Art. 46 des FDV-Entwurfes)	35
10	Zugang zu den Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Anbieterinnen (Art. 49 – 71 des FDV-Entwurfes)	35
10.1	Regulierte Zugangsdienste bedürfen einer gesetzlichen Grundlage	35
10.2	Berechtigung (Art. 49 des FDV-Entwurfes)	37
10.3	Nichtdiskriminierung (Art. 50 des FDV-Entwurfes)	38
10.4	Transparenz (Art. 51 des FDV-Entwurfes)	39
10.4.1	Zu Absatz 2	39
10.4.2	Zu Absatz 3	39
10.4.3	Zu Absatz 4	40
10.4.4	Änderungsantrag	40
10.5	Kostenorientierte Preisgestaltung (Art. 52 des FDV-Entwurfes)	40
10.6	Schnittstellen (Art. 53 des FDV-Entwurfes)	42
10.7	Kollokation (Art. 1 und 54 des FDV-Entwurfes)	42
10.7.1	Gesetzliche Grundlage	42
10.7.2	Art und Weise der Kollokation; Zutritt	43
10.7.3	Virtuelle Kollokation	43
10.7.4	Freigabe nicht genutzter Fläche	44
10.7.5	Eigentumsverhältnisse und Änderungsverbot	44
10.7.6	Änderungsantrag	44
10.8	Vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss (Art. 55)	45
10.8.1	Kein „subloop unbundling“ (Abs. 1)	45
10.8.2	Änderungsverbot (Abs. 2)	46
10.8.3	Änderungsantrag	46
10.9	Schneller Bitstrom-Zugang (Art. 56 des FDV-Entwurfes)	47
10.10	Verrechnen des Teilnehmeranschlusses (Art. 57 des FDV-Entwurfes)	47

10.10.1	Kosten der Verrechnung.....	47
10.11	Interkonnektion (Art. 58 des FDV-Entwurfes).....	48
10.12	Mietleitungen (Art. 59 des FDV-Entwurfes).....	49
10.13	Zugang zu den Kabelkanalisationen (Art. 60 des FDV-Entwurfes)	49
10.13.1	Zu Absatz 1	49
10.13.2	Zu Absatz 2	50
10.13.3	Zu Absatz 3	50
10.13.4	Änderungsantrag	51
10.14	Vorsorgliche Massnahmen und Zugangsverfügung (Art. 68 und 71).....	51
10.14.1	Dispositionsmaxime.....	51
10.14.2	Glaubhaftmachen statt Nachweisen der Kostenorientierung der Preise	51
10.14.3	Verletzung des Rechts auf Beweis bzw. des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung	53
10.14.4	Folgen der Beweislosigkeit.....	54
10.14.5	Umsetzung von Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG.....	54
10.14.6	Änderungsantrag.....	56
11	Inanspruchnahme und Mitbenutzung von Grund und Boden (Art. 72 – 76 des FDV-Entwurfes)	56
11.1	Verlegung von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen (Art. 73 des FDV-Entwurfes).....	56
11.2	Mitbenutzung (Art. 76 des FDV-Entwurfes).....	59
12	Fernmeldegeheimnis und Datenschutz (Art. 77 – 83 des FDV-Entwurfes)	59
12.1	Verkehrs- und Rechnungsdaten (Art. 77 des FDV-Entwurfes).....	59
12.2	Massenwerbung (Art. 78 des FDV-Entwurfes)	59
12.2.1	Zu Abs. 1.....	59
12.2.2	Zu Abs. 6.....	59
12.3	Anzeige der Rufnummer der Anrufenden (Art. 79 des FDV-Entwurfes).....	60
13	Leistungen in ausserordentlichen Lagen (Art. 84 – 88 des FDV-Entwurfes).....	60
13.1	Leistungen (Art. 84 des FDV-Entwurfes).....	60
13.1.1	Zu Abs. 1.....	60
13.1.2	Zu Abs. 4.....	60
13.1.3	Änderungsantrag	61
13.2	Art. 88 des FDV-Entwurfes (Entschädigung).....	61
14	Einschränkung des Fernmeldeverkehrs (Art. 89 und 90 des FDV-Entwurfes).....	61
15	Sicherheit und Verfügbarkeit (Art. 91 des FDV-Entwurfes).....	63
15.1	Zu Abs. 1	63
15.2	Zu Abs. 2	63
15.3	Eventualantrag	64
16	Änderung der Preisbekanntgabeverordnung (PBV); Art. 104 des FDV-Entwurfes	64
	B Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV)	
17	Wirkung des Widerrufs (Art. 12 AEFV).....	65
18	Auskunftsdienste über die Verzeichnisse (Art. 31a AEFV).....	66

19	Einstellung des Betriebes der Nummern 1141 und 1144 (Art. 54 Abs. 6 ^{bis} des AEFV-Entwurfes)	66
19.1	Kurznummer 1141	66
19.2	Kurznummer 1144	67
20	Einstellung des Betriebes der Nummer 175 (Art. 54 Abs. 6 ^{ter} des AEFV-Entwurfes).....	67
C	Verordnung über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (FKV)	
21	Konzessionserteilung mittels Auktion (Art. 17f des FKV-Entwurfes)	68
22	Voraussetzungen für den Betrieb von störenden Fernmeldeanlagen (Art. 36b des FKV-Entwurfes).....	68

Vorbemerkung

Der Aufbau dieser Stellungnahme folgt grundsätzlich dem Aufbau der Verordnungsentwürfe. Die Änderungsanträge beziehen sich dabei auf den Text der Verordnungsentwürfe, wobei die vorgeschlagenen Änderungen *fett/kursiv* markiert sind. Soweit das FMG zitiert wird, ist damit in der Regel die von der Bundesversammlung am 24. März 2006 beschlossene Fassung¹ gemeint.

A Verordnung über Fernmeldedienste (FDV)

1 Begriff „Benutzerinnen/Benutzer“ (Art. 1 Bst. a des FDV-Entwurfes)

Die vorgeschlagene Definition des Begriffs „Benutzer“ übersieht, dass auch diese Person in aller Regel mit einer Anbieterin von Fernmeldediensten einen Vertrag über die Inanspruchnahme von deren Diensten geschlossen hat (vgl. dazu z.B. Art. 12 Abs. 1^{bis} des AEFV-Entwurfes). Demzufolge ist auch der „Benutzer“ ein „Kunde“ im Sinne von Art. 1 Bst. b des FDV-Entwurfes. Es ist indessen zweckmässiger, anstelle des Begriffs „Kunden“ den branchenüblichen Begriff „Endkunden“ zu verwenden, da auch Anbieterinnen von Fernmeldediensten gegenseitig „Kunden“ von einander sein können. Soweit die Anbieterinnen von Fernmeldediensten in ihrer Eigenschaft als Kunden angesprochen sind, ist keine spezifische Begriffsbestimmung erforderlich.

Eine Anbieterin von Fernmeldediensten kann auch andere Dienste als Fernmeldedienste anbieten, wobei diese Vertragsbeziehungen aus fernmelderechtlicher Sicht nicht relevant sind. Relevant sind aus dieser Optik ausschliesslich die Verträge über die Inanspruchnahme von Fernmeldediensten, was in der Definition entsprechend berücksichtigt werden muss.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 1 Bst. a und b FDV wie folgt zu formulieren:

In dieser Verordnung bedeuten:

- a. *Endkundin/Endkunde: Person, die mit einer Anbieterin einen Vertrag über die Inanspruchnahme von Fernmeldediensten geschlossen hat;*
- b. *streichen*

Bemerkung: Die Einführung der Begriffe „Endkundin“ und „Endkunde“ bedingt nicht nur eine Änderung von Art. 1 FDV, sondern entsprechende Anpassungen im ganzen Verordnungstext. Wir beschränken uns darauf, die vorgeschlagenen Begriffe „Endkundin/Endkunde“ jeweils in unseren Änderungsvorschlägen zu verwenden.

2 Lehrstellen (Art. 9 des FDV-Entwurfes)

Swisscom ist mit dieser Bestimmung grundsätzlich einverstanden. Mit ihrem aktuellen Lehrstellenangebot übertrifft sie das vorgeschlagene Minimum von 3% bei weitem. Die Ausbildung der Lernenden wird gegenwärtig durch die Swisscom AG erbracht und nicht direkt von den Gruppengesellschaften des Swisscom-Konzerns, die Fernmeldedienste im Sinne von Art. 3 Bst. b FMG erbringen. Diese übernehmen aber die Kosten der Berufsbildung und stellen Arbeits- und Lernprojekte für die Lernenden zur Verfügung. Ab 1. Januar 2007 ist geplant, die Lehrlingsausbildung in einen Ausbildungsverbund zu überführen, d.h. die Lehrverträge werden grundsätzlich nicht mehr von der Swisscom AG oder einer Gruppengesellschaft, sondern vom Ausbildungsverbund abgeschlossen. Die Ausbildung erfolgt sodann gestützt auf einen Vertrag dieses Ausbildungsverbundes mit den einzelnen Gruppengesellschaften in einem gemeinsamen Ausbildungsprogramm, das den Lernenden die Gelegenheit

¹ BBl 2006 3565

gibt, in verschiedenen Bereichen des Swisscom-Konzerns tätig zu sein. Die Kosten der Berufsbildung tragen die einzelnen Gruppengesellschaften. Auch wenn die Lehrstellen formell gesehen nicht von den Swisscom-Anbieterinnen von Fernmeldediensten angeboten werden, erfüllt Swisscom mit diesem Engagement ohne Zweifel die Erwartungen des Gesetzgebers. Swisscom geht deshalb davon aus, dass die von ihr gewählte Organisation der Lehrlingsausbildung die in Art. 9 des FDV-Entwurfes konkretisierten Anforderungen erfüllt. Sollte dies jedoch nicht der Fall sein, beantragt Swisscom, den vorgeschlagenen Art. 9 FDV wie folgt zu ergänzen:

Art. 9 Abs. 3 (neu)

³ Die Verpflichtung nach Absatz 1 kann eine Anbieterin von Fernmeldediensten auch in Zusammenarbeit mit Dritten erfüllen.

3 Massnahmen zur Gewährung der Preistransparenz (Art. 10 des FDV-Entwurfes)

3.1 Zu Abs. 1

Es ist unbestritten, dass es jedem Kunden vor Inanspruchnahme eines Fernmeldedienstes möglich sein muss, die anfallenden Gebühren zu kennen, auch für Verbindungen zu anderen Anbieterinnen. Die vorgeschlagene Bestimmung geht aber weit über den eigentlichen Zweck hinaus. Aus der parlamentarischen Beratung zu Art. 12a FMG geht klar hervor, dass es nur ein Folgeproblem der Nummernportierung zu lösen gilt: Wegen der Nummernportierung kann eine angerufene Mobilnummer nicht mehr einem Anbieter und damit auch nicht mehr dem gemäss Preisliste anwendbaren Tarif zugeordnet werden. Den Materialien zu Art. 12a FMG lässt sich weiter entnehmen, dass mittels entsprechender Information die *Preistransparenz* wieder hergestellt werden soll. Weiss der Kunde, bei welchem Anbieter der angerufene Teilnehmer angeschlossen ist, kann er auch den anwendbaren Preis kennen.

Zur Herstellung der Preistransparenz genügen nach Auffassung von Swisscom die heute verfügbaren Lösungen via Internetabfrage, Anruf auf eine speziell für diesen Zweck eingerichtete Gratisnummer, Anfrage beim Customer Care (0800 800 800) oder via SMS. Eine „Holschuld“ statt eine „Bringschuld“ scheint Swisscom vertretbar, zumal das Interesse der Konsumenten an einer erhöhten Transparenz offensichtlich sehr gering ist, wie wir anhand einer beim LINK Institut in Auftrag gegebenen Marktforschungsstudie feststellen mussten². Gemäss dieser Studie finden 67% der Konsumenten einen Ansagetext unnötig und störend, wobei interessanterweise die ablehnende Haltung bei älteren Personen höher ist als bei jüngeren. Die meisten Kunden würden den Ansagetext deshalb auch wieder ausschalten (70%).

Die heutige Praxis steht auch im Einklang mit der aktuellen Universaldienst-Richtlinie der EU, welche ebenfalls nur eine reaktive Bereitstellung von Informationen und keine aktive Preisansage verlangt. Die vorgeschlagene Transparenzforderung wäre im europäischen Raum einmalig. In Irland wurde die Einführung einer Preisansagepflicht für Off-net Calls geprüft, nach Konsultation der Industrie aber wieder verworfen, um die Entwicklung dem Markt zu überlassen. In einigen weiteren EU-Mitgliedstaaten wird eine Informationsbereitstellung in dem von Swisscom in dieser Stellungnahme vorgeschlagenen Sinne gefordert und in den restlichen Mitgliedstaaten existieren überhaupt keine spezifischen Auflagen.

Sollte ein zusätzlicher regulatorischer Eingriff trotzdem als notwendig erachtet werden, hat sich die entsprechende Verordnungsbestimmung auf die Behebung des erwähnten Mangels zu konzentrieren. Weitergehende Bestimmungen sind nicht erforderlich, da es bei normalen Sprachverbindungen keinen Grund gibt, am Genügen der Vorschriften der Preisbekanntgabeverordnung zu zweifeln.

Eine entsprechende Verordnungsbestimmung müsste folgende Rahmenbedingungen berücksichtigen:

- Beschränkung auf die nationale Sprachtelefonie:

² LINK Institut Luzern, Stichprobe von 1018 Interviews in der Deutsch- und Westschweiz zwischen 6.9. und 12.9.2006

Der Geltungsbereich einer solchen Bestimmung müsste auf diejenigen Dienste beschränkt werden, bei welchen in der Praxis die Preistransparenz ein Problem darstellt. Dies ist nur bei Mobile-to-Mobile- und bei Fix-to-Mobile-Gesprächen, nicht aber bei Datenübertragungen (z.B. SMS) der Fall. Bei Datendiensten wären derartige Vorschriften nicht oder nur mit grossem Aufwand umsetzbar.

- Form der zusätzlichen Information:

Bei einer Tarifansage ist unklar, wie der Tarif konkret anzusagen wäre. Wird nur der Tarif angesagt, der zum Zeitpunkt des Verbindungsaufbaus gilt, gibt es ein Problem, wenn während des Gesprächs ein Tarifwechsel stattfindet (z.B. Wechsel von Hoch- zu Niedertarif). Sollte hingegen der gesamte Tarifplan angesagt werden, wird die Ansage eine unzumutbare Länge erreichen. Probleme ergeben sich auch bei speziellen Angeboten mit vergünstigten Gesprächstarifen, da diese erst in der Nachverarbeitung (Billing) berücksichtigt werden können. Eine Tarifansage kommt deshalb bereits aufgrund der fehlenden Umsetzbarkeit nicht in Frage. Es würde sich bei der Tarifansage zudem um eine neue Form einer *Preisbekanntgabe* handeln, was nie zur Debatte stand und zur Erreichung des Gesetzeszwecks auch nicht erforderlich ist. Aus der Beratung im Parlament geht vielmehr klar hervor, dass an einen akustischen Hinweis in Form einer generischen Ansage oder eines Signals, nicht aber an eine konkrete Gebührenansage im Einzelfall gedacht wurde. Das gilt im Übrigen auch für das in der Beratung als Beispiel zitierte Österreich.

Der erwähnte Signalton wäre eine Möglichkeit, um auf die höheren Gebühren aufmerksam zu machen. Für Sprachverbindungen ab dem Mobilfunknetz von Swisscom ist ein entsprechender Signalton bereits realisiert. Diese Variante wäre auch im Festnetz denkbar, bietet unseres Erachtens aber keine Vorteile gegenüber den bereits verfügbaren Lösungen, welche den dafür erforderlichen Implementierungsaufwand rechtfertigen würden. Allerdings würden die Konsumenten gemäss der erwähnten LINK-Studie einen Signalton gegenüber einer Ansage klar bevorzugen. Als unverhältnismässig würde Swisscom bei einem Signalton die Forderung nach einer individuellen (De-) Aktivierungsmöglichkeit beurteilen, hat doch ein kurzer Signalton im Vergleich zu einer Sprachansage kaum „Störpotenzial“. Zudem erfordert die Aktivierung im Einzelfall so oder so eine Aktivität des Kunden, weshalb hier eine „Holschuld“ ohne weiteres zumutbar ist. Für eine Deaktivierungsmöglichkeit im Einzelfall kann Swisscom sich keinen sinnvollen Anwendungsfall vorstellen.

Art. 10 Abs. 1 FDV müsste aus diesen Gründen so offen formuliert sein, dass ein Signalton ausreichend wäre. Auf (De-)Aktivierungsmöglichkeiten wäre hingegen zu verzichten.

Insgesamt ist Swisscom aber der Ansicht, dass aufgrund des eher geringen Kundenbedürfnisses auch auf die Implementierung eines Signaltons verzichtet werden kann. Ein Verzicht erscheint umso mehr vertretbar, als in nächster Zeit eine Angleichung der Mobilterminierungsgebühren erwartet werden kann, was die heutige Situation wesentlich entschärfen dürfte. Wird nicht ohnehin auf Art. 10 Abs. 1 FDV verzichtet, schlägt Swisscom vor, die aktuelle Praxis der Festnetzbetreiber festzuschreiben.

3.2 Zu Abs. 2

Im Rahmen von Marketingaktionen, bei speziellen Preisplänen oder bei Wettbewerben werden heute relativ häufig Gratisminuten oder Downloadvolumina verschenkt oder verlost. Die Kunden profitieren dadurch von einem beschränkten Erlass der Telefongebühren, was letztlich zu einer tieferen Telefonrechnung führt. Wenn zur Vergabe solcher „Goodies“ eine aufwändige Implementierung wie z.B. für die Schaltung einer individuellen Telefonansage beim Aufbrauchen der Gratisminuten erforderlich würde, würden solche Angebote unattraktiver und damit seltener, was kaum im Interesse der Kunden liegen dürfte. Bei gewissen Datendiensten ist eine proaktive Information des Kunden aus technischen Gründen gar nicht möglich. Frei- oder Günstigvolumina zu derartigen Diensten müssten vom Markt genommen werden.

Zwischen dem Abschluss eines Gesprächs und der Verfügbarkeit der entsprechenden Informationen in den relevanten Datenbanken muss bei den aktuellen Abrechnungssystemen (Postpaid, z.T. aber auch Prepaid) mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung (in der Regel einige Stunden bis 1 Tag) gerechnet werden. Kunden, welche genau in dieser Zeit weitere Gespräche tätigen würden, ohne einen Hinweis über den Verbrauch ihrer Guthaben erhalten zu haben, könnten nicht nachvoll-

ziehen, dass ihnen diese Gespräche in Rechnung gestellt werden. Der beabsichtigte Kundennutzen könnte sich so relativ schnell in Kundenunmut verwandeln.

Für die Umsetzung des vorgeschlagenen Art. 10 Abs. 2 FDV müssten massive Anpassungen in den Abrechnungssystemen getätigt werden, was einerseits mit sehr hohen Kosten, andererseits mit einer erheblichen Implementationsdauer verbunden wäre. Unklar ist auch, wie der Kunde über die aufgebrauchten Frei- oder Günstigvolumina zu orientieren wäre. Die Zwischenschaltung einer Ansage ist technisch nicht möglich und wäre für den Kunden auch nicht akzeptabel.

Bei über 3 Mio. Festnetzkunden, über 6 Mio. Mobilkunden und einer Vielzahl von unterschiedlichen Frei- oder Günstigvolumina müsste für eine individuelle Behandlung der Kunden eine aufwändige Lösung implementiert werden, welche eine Überwachung sämtlicher Kunden erlauben würde. Dieser Aufwand erscheint Swisscom unverhältnismässig, zumal heute bereits Online-Lösungen zur Verfügung stehen, welche den Kunden – unter Vorbehalt der erwähnten zeitlichen Verzögerung - eine laufende Überwachung ihrer Gebühren und Aktivitäten erlauben. Derartige Lösungen ermöglichen es den Anbieterinnen von Fernmeldediensten zudem, ihren Kunden bekannt zu geben, welchen zeitlichen Verzug die präsentierten Informationen aufweisen. Aus diesem Grund sieht Swisscom keinen zusätzlichen Regulierungsbedarf, zumal eine solche Anforderung im internationalen Umfeld auch einmalig wäre.

3.3 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 10 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 10

¹ Für tarifrelevante *Sprachverbindungen* mit *Endkundinnen und Endkunden* anderer Anbieterinnen von *Fernmeldediensten* muss die abrechnende Anbieterin *ihren Endkundinnen und Endkunden* kostenlos, werbefrei und einfach *Informationen über* anfallende höhere Gebühren *zur Verfügung stellen*.

² *streichen*

Eventualantrag:

² Bei Preismodellen mit begrenzten Frei- oder Günstigvolumina von Fernmeldediensten muss die Anbieterin *der Endkundin* oder *dem Endkunden die Möglichkeit bieten, sich über das Restguthaben zu informieren.*

4 Verzeichnisse (Art. 11, 16 und 29 des FDV-Entwurfes)

Vorbemerkung: Die nachfolgenden Ausführungen und Änderungsvorschläge beziehen sich zum Teil auch auf Vorschriften, die Gegenstand der Änderung der FDV betreffend die Grundversorgung sind. Da Swisscom von den Beschlüssen zur FDV-Revision betreffend die Grundversorgung noch keine genaue Kenntnis hat, die Vorschriften zu den Verzeichnissen aber als Ganzes betrachtet werden müssen, erlaubt sich Swisscom, das von ihr mit der Stellungnahme vom 31. Mai 2006 bereits in der Konsultation betreffend die Grundversorgung zur Diskussion gestellte Regelungskonzept wieder aufzunehmen und hinsichtlich der in dieser Anhörung neu vorgeschlagenen Bestimmungen zu ergänzen.

4.1 Adressierungselemente

Während Art. 11 FDV die Verzeichnisse von *Fernmeldediensten* regelt, befasst sich Art. 29 FDV mit der Erhebung und Bereitstellung von Verzeichnisdaten aus *Diensten der Grundversorgung*. Da somit der sachliche Geltungsbereich dieser beiden Bestimmungen nicht deckungsgleich ist, die Verzeichnisdaten aus Diensten der Grundversorgung jedoch eine *Teilmenge* der Verzeichnisdaten aus Fernmeldediensten darstellen, sind verschiedene Punkte klarzustellen:

- Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sind berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, Verzeichnisse der Kundinnen und Kunden von Fernmeldediensten zu führen und zu veröffentlichen (Art. 12d Abs. 1 FMG³).
- Nur bezüglich der *Dienste der Grundversorgung* sind die Anbieterinnen verpflichtet, ein Verzeichnis ihrer Kundinnen und Kunden zu führen (Art. 21 Abs. 1 FMG); es steht den Anbieterinnen jedoch frei, diese Verzeichnisse zu veröffentlichen (Art. 21 Abs. 2 letzter Teilsatz FMG).
- Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung sind nur verpflichtet, Zugang zu den Verzeichnisdaten aus *Diensten der Grundversorgung* zu gewähren (Art. 21 Abs. 1 und 2 FMG).
- Der Mindestinhalt eines Eintrages aus Diensten der Grundversorgung bestimmt sich nach Art. 11 des FDV (Art. 21 Abs. 2 FMG in Verbindung mit Art. 12d Abs. 2 FMG). Die für die Dienste der Grundversorgung massgeblichen Adressierungselemente ergeben sich aus Art. 15 FDV in Verbindung mit der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV, SR 784.104). Relevant sind demnach zurzeit einzig die mit dem öffentlichen Telefondienst verbundenen E.164-Nummern.

Aus der systematischen Einordnung von Art. 29 FDV ins 4. Kapitel der FDV und der Umschreibung der Adressaten dieser Bestimmung ergibt sich schliesslich, dass diese Bestimmung nicht allfällige Verzeichnisdaten im Zusammenhang mit der Grundversorgungskonzession regelt, sondern den Umgang aller Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung mit ihren Verzeichnisdaten aus diesen Diensten.

³ Vgl. dazu BBl 2006 3565.

4.2 Mindestinhalt

Der Mindestinhalt gemäss Art. 11 FDV muss angepasst werden: Wie das UVEK in seinen Erläuterungen selbst ausführt, sind die *Rubriken* insbesondere im Rahmen von kommerziellen Verzeichnissen von Interesse. Art. 11 FDV bezieht sich jedoch nicht auf kommerzielle Verzeichnisse, sondern auf die so genannten *regulierten Verzeichnisdaten*. Zu diesen regulierten Verzeichnisdaten müssen die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung den Herstellern von kommerziellen Verzeichnissen (und anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten) den Zugang gemäss Art. 21 FMG gewähren. Anschliessend ist es Sache dieser Hersteller, aus diesem Vorleistungsprodukt ein Verzeichnis zu erstellen, welches kommerziell vermarktet werden kann. Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung sind nicht im Verzeichnismarkt tätig, sondern lediglich Inhaberinnen eines notwendigen Vorleistungsproduktes für die Herstellung von Verzeichnissen. Daher ist dafür zu sorgen, dass sich die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung auf die Bereitstellung des Vorleistungsproduktes beschränken und es den Herstellern von Verzeichnissen überlassen wird, wie – z.B. mit welchen Rubriken – sie die Verzeichnisdaten anreichern und veredeln. Davon profitieren wiederum die Hersteller von kommerziellen Verzeichnissen, da ihnen in der Wertschöpfungskette mehr Veredelungsstufen bleiben, die einerseits einen für den Markt nachvollziehbaren Gegenwert für den Preis eines kommerziellen Verzeichnisses darstellen und andererseits den Herstellern dazu dienen, sich im Verzeichnismarkt zu differenzieren. Auch aus der Sicht der Kundinnen und Kunden ist dieses System attraktiv, da sie aus den verschiedenen Angeboten jenes auswählen können, das für sie die attraktivsten Eintragungsmöglichkeiten (z.B. detaillierte Rubrikenstruktur) anbietet. Dies setzt aber voraus, dass die Anbieter von Verzeichnissen überhaupt die Möglichkeit haben, sich voneinander zu differenzieren – etwa durch eine besonders attraktive oder umfangreiche Rubrikenstruktur. Werden die Rubriken durch den Staat vorgegeben, wird der Wettbewerb in diesem Bereich verunmöglicht und den Kundinnen und Kunden werden Wahlmöglichkeiten entzogen.

Vor diesem Hintergrund versteht es sich von selbst, dass die Definition und Auswahl von Rubriken Sache des Herstellers von kommerziellen Verzeichnissen ist. Dies gibt ihm die Möglichkeit, sich im Wettbewerb mit anderen Herstellern zu profilieren, indem er Rubriken wählt, die den Kundenbedürfnissen am besten entsprechen. Weder die Regulierungsbehörde noch die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung sind jedoch in diesem Markt tätig, womit ihre Rubrikenwahl unter Umständen völlig am Markt vorbei geht. Abgesehen davon widerspricht der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Bst. c des FDV-Entwurfes (*„Der Eintrag ... besteht mindestens aus: gegebenenfalls der Rubrik ...“*) dem Sinn und Zweck von Art. 11 FDV, mit dem der Mindestinhalt eines Eintrages (Art. 12d Abs. 2 FMG) umschrieben werden soll. Aus all diesen Gründen ist Buchstabe c aus Art. 11 Abs. 1 FDV zu streichen.

Aus den gleichen Gründen ist auch der *Eintrag in abgekürzter Form* gemäss Art. 11 Abs. 2 FDV zu streichen. Dem Schutz der Privatsphäre wird bereits durch den Umstand Rechnung getragen, dass es den Kundinnen und Kunden frei steht, sich in die Verzeichnisse eintragen zu lassen (Art. 12d Abs. 1 FMG). Zudem wird der Schutz vor Verwechslungen mit anderen im Verzeichnis aufgeführten Personen nicht sichergestellt werden können, weil die Verwechslung mit einem abgekürzten Namen erst beim Zusammenführen der Datenbestände der verschiedenen Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung in einem Gesamtverzeichnis entstehen kann. Hat etwa die Fernmeldediensteanbieterin A in ihren Verzeichnissen einen Eintrag in abgekürzter Form (z.B. B. Müller), so wird innerhalb der Verzeichnisdaten von A keine Verwechslungsgefahr bestehen, sofern kein identischer Eintrag besteht. Das Gleiche gilt für die Fernmeldediensteanbieterin B, die ebenfalls einen Eintrag „B. Müller“ hat. Bezieht nun aber ein Verzeichnishersteller die regulierten Verzeichnisdaten von A und B und führt diese in einem Verzeichnis zusammen, so kann es zu Verwechslungen kommen, da in diesem Verzeichnis zwei Einträge „B. Müller“ vorhanden sind.

In Art. 11 Abs. 1 Bst. a FDV ist zu präzisieren, dass es sich beim Adressierungselement um ein Adressierungselement eines Dienstes der Grundversorgung handeln muss. Die Verzeichnispflicht soll sicherstellen, dass die Nutzer von Diensten der Grundversorgung miteinander kommunizieren können. Dieses Ziel wird nur erreicht, wenn der Eintrag auch tatsächlich das Adressierungselement *des Dienstes der Grundversorgung* beinhaltet. Unzulässig wäre dagegen etwa ein Eintrag, der als Adressierungselement lediglich eine E-Mail Adresse enthalten würde. Daher ist Art. 11 Abs. 1 lit. a FDV entsprechend zu präzisieren.

Art. 11 Abs. 1 Bst. f FDV schreibt vor, dass bei einem Adressierungselement eines entgeltlichen Mehrwertdienstes der Mindestinhalt des Verzeichniseintrages auch die Preisbekanntgabe nach Art. 13 Abs. 1^{bis} PBV⁴ umfassen soll. Wie oben dargelegt, sind die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung lediglich verpflichtet, den Herstellern von kommerziellen Verzeichnissen das dazu erforderliche Vorleistungsprodukt bereit zu stellen. Die Herausgabe von Verzeichnissen und die Einhaltung der damit verbundenen Pflichten, wie z.B. der PBV-Vorschriften im Zusammenhang mit Mehrwertdiensten, ist Sache der Verzeichnisanbieterinnen. Aus diesen Gründen ist es systemwidrig, bei der Umschreibung des Mindestinhalts des Verzeichniseintrages die Preisbekanntgabe nach PBV vorzusehen. Art. 11 Abs. 1 Bst. f FDV ist deshalb zu streichen.

4.3 Überwälzung der Kosten

Gemäss Art. 29 Abs. 2 FDV dürfen die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung einzig die durch die Bereitstellung der Daten entstandenen Kosten nach Massgabe von Art. 52 FDV in Rechnung stellen. Demgegenüber erachtet es Swisscom als sachgerecht, den Eintrag ins Verzeichnis für die Kundinnen und Kunden unentgeltlich auszugestalten und gleichzeitig die Gesamtkosten für die regulierten Verzeichnisdaten den Abnehmern der regulierten Verzeichnisdaten zu überwälzen. Diese Lösung ist einerseits attraktiv für die Kundinnen und Kunden und führt andererseits dazu, dass die Kosten, die mit der Herstellung, der Pflege und der Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten von jenen getragen werden, die daraus den grössten Nutzen ziehen – die Hersteller von Verzeichnissen und die Anbieterinnen von Verzeichnisdiensten, wie zum Beispiel die Anbieterinnen von Auskunftsdiensten.

In den Erläuterungen wird darauf hingewiesen, dass diese Lösung im Einklang mit einem Urteil des EuGH⁵ stehe. Der Hinweis auf den EuGH-Entscheid überrascht, da aus einem Entscheid eines ausländischen Gerichts nicht abgeleitet werden kann, wie das Verordnungsrecht in der Schweiz auszugestalten ist. Der EuGH wendet das europäische Recht und nicht das FMG an. Das europäische Recht unterscheidet sich in verschiedenen Punkten deutlich vom FMG. Daher kann aus einer – ohnehin umstrittenen – Auslegung des europäischen Rechts nicht gefolgert werden, dass das schweizerische Verordnungsrecht dieser Auslegung entsprechen müsse. Massgebend für die Ausgestaltung des schweizerischen Verordnungsrechts sind nicht ein einzelner Entscheid eines ausländischen Gerichts, sondern einzig die vom Gesetzgeber im FMG festgelegten Grundsätze.

Eine genaue Analyse des EuGH-Entscheidung zeigt denn auch, dass dieser auf einer anderen Rahmenordnung basiert und daher nicht auf die Schweiz übertragen werden kann. In Rz. 39 des Entscheides geht der EuGH davon aus, dass die Kosten, die mit dem Erhalt und der Zuordnung der Daten verbunden sind, bereits im Preis für den Sprachtelefoniedienst enthalten sind und mithin vom Kunden – und nicht etwa von der Anbieterin des Sprachtelefoniedienstes – bezahlt worden sind. *Der EuGH will somit mit seinem Entscheid einzig einen ungerechtfertigten Mehrfachausgleich verhindern.* Demgegenüber setzt sich der EuGH *nicht* mit der vorliegend zur Diskussion stehenden Frage auseinander, ob es *gerechtfertigt* ist, die Kosten auf den Kunden des öffentlichen Telefondienstes abzuwälzen oder ob diese von den Nutzern der Verzeichnisdaten zu tragen sind. Mit dieser Frage haben sich jedoch in der Schweiz bereits der Preisüberwacher, die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) sowie die Wettbewerbskommission (Weko) beschäftigt. In ihrem Entscheid vom 12. August 1999⁶ hält die REKO/WEF in Erwägung 4 fest (**Hervorhebungen** hinzugefügt):

"Zweifellos muss der Telefonbenutzer die Telefonnummern der Teilnehmer, mit denen er telefonieren will, in Erfahrung bringen können. Sonst kann er das Telefon nicht benutzen. Das bedeutet aber nicht, dass deshalb das Fernmeldeunternehmen aus der Verfügbarkeit von Teilnehmerverzeichnissen einen besonderen Nutzen zieht. Im Gegenteil, gerade weil Teilnehmerverzeichnisse und Auskunftsdienste eine Voraussetzung der Telefonbenützung sind, können die Fernmeldeunternehmen davon ausgehen, dass die Teilnehmer diese Produkte und Dienstleistungen je nach ihrem Bedarf beziehen und auch bezahlen.

...

⁴ Preisbekanntgabeverordnung, SR 942.211

⁵ Urteil vom 25.11.2004 – Rs. C-109/03 – KPN/OPTA; publiziert in MMR 4/2005, S. 227 ff.

⁶ Swisscom AG c. Preisüberwacher betreffend Preismissbrauch (Geschäftsnummer 98/GB-002), zitiert in RPW 2005/1, S. 107.

*Dieser Bedarf ist allerdings keineswegs gleichförmig. Die Bedürfnisse unterscheiden sich vielmehr nach dem Umfang und der Ordnung der Daten (regionale, landesweite, nach Namen oder Branchen geordnete Verzeichnisse) sowie nach der Form, in der diese verfügbar gemacht und weiter verwendet werden (gedruckte Verzeichnisse, CD-Rom oder Online Dienste). Dem entsprechend variiert auch der Preis, den der Telefonbuchbenutzer für Verzeichnisse und Auskunftsdienste zu zahlen bereit ist. Dieser Preis steht nicht in einem fixen Verhältnis zum Aufwand der einzelnen Abonnenten für die Benutzung der Fernmeldedienste, sondern er **bestimmt sich danach, wie oft ein Teilnehmer die Teilnehmernummer von Abonnenten, mit denen er in Verbindung treten will, nicht kennt und in Erfahrung bringen will.** Aus der Sicht des Telefonbenutzers ist es deshalb durchaus sachgerecht, die **Kosten der Telefonie von denjenigen der Adressredaktion zu trennen und den Benutzern entsprechend ihrer individuellen Nachfrage nach Fernmeldediensten einerseits und Adressdaten andererseits in Rechnung zu stellen.** Die angefochtene Verfügung lässt sich daher **nicht damit begründen, die Telefonie hätte vor dem 1. Dezember 1997 zu Recht den Hauptteil der Kosten der Adressredaktion getragen und sei auch weiterhin damit zu belasten, sodass kein Grund einer Preiserhöhung gegenüber den Adresskäufern bestehe.**"*

Diese Auffassung wird von der Weko bestätigt, indem sie in ihrem Entscheid vom 22. November 2004 in Sachen Swisscom Directories AG⁷ festhält:

„Der Ansicht der Preisüberwachung, die Datenbezugspreise dürften sich nur aus den Zugangskosten zusammensetzen und lediglich knapp über Null liegen, weil bereits die FDA SD ein Entgelt für die Herstellung der regulierten Verzeichnisdaten entrichten, ist im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 7 KG nicht zu folgen.“⁸

Aufgrund des fehlenden Sachzusammenhangs zwischen öffentlichem Telefondienst und Nutzung von Verzeichnissen ist deshalb dafür zu sorgen, dass nicht der Kunde des öffentlichen Telefondienstes die Herstellung von kommerziellen Verzeichnissen mitfinanziert, obwohl er diese allenfalls gar nie in Anspruch nimmt.

Vor diesem Hintergrund ist jedoch auch davon abzusehen, die Kosten für die Erstellung der regulierten Verzeichnisdaten der Grundversorgungskonzessionärin aufzuerlegen. Aus Art. 16 Abs. 2 Bst. a - c FDV in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 - 4 FDV könnte geschlossen werden, dass der Eintrag in das Verzeichnis Teil des Anschlusses ist und die Kosten hierfür – weil der Eintrag für die Kundinnen und Kunden eines Grundversorgungsanschlusses gratis sein muss – durch die Grundversorgungskonzessionärin zu tragen sind. Da Art. 21 FMG keine entsprechende Regelung enthält, könnten die anderen Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung von den Kundinnen und Kunden für diesen Eintrag grundsätzlich ein Entgelt verlangen. Damit können sie sicherstellen, dass ihre Kosten im Zusammenhang mit den regulierten Verzeichnisdaten auch dann gedeckt sind, wenn den Herstellern von kommerziellen Verzeichnissen nur die Kosten für die Bereitstellung der Daten überwält werden dürfen.

Mit Blick auf die FMG-Revision ist diese Haltung zu überdenken. Durch die Zugangsregulierung gemäss neuem Art. 11 FMG wird in Zukunft eine ansehnliche Zahl von Kundinnen und Kunden nicht mehr über einen Grundversorgungsanschluss verfügen. Diese Entwicklung wird verstärkt, indem der Grundversorgungsanschluss vermehrt durch einen Mobilfunkanschluss, durch Voice over IP (VoIP) oder durch einen Kabelnetzanschluss ersetzt wird. Für diese Kundinnen und Kunden wäre somit nicht sichergestellt, dass ihr Eintrag in das Verzeichnis ihrer Anbieterin nicht mit zusätzlichen Gebühren verbunden ist.

Der UVEK-Bericht vom 22. Februar 2006 über die Änderung der FDV betreffend die Grundversorgung hält indessen fest, dass der Verzeichnisdienst im öffentlichen Interesse liegt, weil der Staat ein Interesse daran hat, dass den Kundinnen und Kunden des öffentlichen Telefondienstes die Kommunikation mit Institutionen und öffentlichen Diensten, Ärzten und Spitälern, Betrieben des öffentlichen Verkehrs, kommerziellen Anbietern, Banken, Verwaltungen etc. erleichtert wird. Aus sozialen Gründen liegt es ebenfalls im Interesse des Staates, wenn die Bewohner untereinander kommunizieren können⁹. Damit dieses Ziel erreicht werden kann, muss dafür gesorgt werden, dass es für die Kundinnen und Kunden weiterhin attraktiv bleibt, sich im Verzeichnis ihrer Anbieterin eintragen zu lassen. Die Erhebung eines Entgeltes für einen solchen Eintrag durch die anderen An-

⁷ RPW 2005/1, S. 54 ff.

⁸ RPW 2005/1, S. 107.

⁹ Vgl. dazu den UVEK-Bericht, S. 9 f.

bieterinnen von Diensten der Grundversorgung würde diesem Ziel diametral zuwider laufen. Gerade bei den vom UVEK genannten Institutionen und öffentlichen Diensten fallen in der Regel eine Vielzahl von Einträgen an. Gleichzeitig sind dies jedoch auch diejenigen Kundinnen und Kunden, die von den Möglichkeiten Gebrauch machen, die durch VoIP oder die neue Zugangsregulierung geschaffen werden. Infolgedessen muss sichergestellt werden, dass der Verzeichniseintrag auch für diese Kundinnen und Kunden nicht mit zusätzlichen Gebühren verbunden ist.

Die Lösung dieses Problems liegt somit darin, dass die Kosten, welche die Erstellung und Pflege solcher Verzeichnisse verursachen, vom Nutzer der Verzeichnisdaten bezahlt werden. Dies ist exakt die Lösung welche auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als richtig bezeichnet hat (vgl. die oben aufgeführten Zitate). Infolgedessen ist Art. 29 FDV dahingehend zu ergänzen, dass der Eintrag in das Verzeichnis für die Kundinnen und Kunden von Diensten der Grundversorgung *unentgeltlich* ist (vgl. neuer Art. 29 Abs. 1^{bis} FDV). Damit wird das vom EuGH verfolgte Ziel, dass für die Leistung nicht zweimal bezahlt wird, bereits sichergestellt. Um zu verhindern, dass diese neue Bestimmung nicht zu einer *asymmetrischen* Regulierung führt, für welche weder eine Notwendigkeit noch eine sachliche Rechtfertigung besteht, muss gleichzeitig die in Art. 16 Abs. 2 Bst. a - c FDV der Grundversorgungskonzessionärin auferlegte Pflicht, die Kundinnen und Kunden in ein Verzeichnis einzutragen, gestrichen werden. Diese Streichung hat keinerlei Auswirkungen für die Kunden, da jeder Kunde – selbstverständlich auch der Kunde der Grundversorgungskonzessionärin – gemäss dem vorgeschlagenen Art. 29 Abs. 1^{bis} FDV automatisch Anspruch auf einen unentgeltlichen Eintrag hat. Die vorgeschlagene Lösung dient somit einzig dazu, eine symmetrische Regulierung sicherzustellen. Dies ist angesichts der stark zunehmenden Anzahl Anschlüsse, die nicht von der Grundversorgungskonzessionärin betrieben werden, zwingend notwendig.

Im Weiteren verkennt die vom UVEK vorgeschlagene Lösung betreffend Kostenüberwälzung auch die Situation der Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung im Zusammenhang mit der Erstellung und der Pflege der regulierten Verzeichnisdaten. Damit ist ein besonderer Aufwand verbunden. Es ist den Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung bereits aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht möglich, den Herstellern von kommerziellen Verzeichnissen oder anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten einfach den Zugang zur globalen Kundendatenbank zu gewähren. Auch wenn die Kunden-History und diejenigen Kundenangaben, die über den Mindestinhalt gemäss Art. 11 Abs. 1 FDV hinausgehen (z.B. Geburtsdatum, Zeitpunkt der Aufschaltung, Rechnungsinformationen, Zahlungsmoral und dgl. mehr), herausgefiltert werden könnten, stellt der direkte Zugang Dritter, insbesondere auch von Konkurrenten, zur Kundendatenbank ein zu grosses unternehmerisches und rechtliches Risiko dar. Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung sind somit gezwungen, *ausschliesslich* für die regulierten Verzeichnisdaten eine spezielle Datenbank einzurichten. Die Kosten im Zusammenhang mit dem Verzeichniseintrag lassen sich wie folgt umschreiben: Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung müssen einmal das Verzeichnis bzw. die entsprechende Datenbank erstellen und betreiben. Vor der Aufnahme ins Verzeichnis sind sie verpflichtet, bei jedem Kunden bzw. jeder Kundin abzuklären, ob er bzw. sie überhaupt einen Verzeichniseintrag wünscht. Anschliessend sind die zur Verfügung gestellten Daten zu pflegen (grosse Anzahl von Mutationen, Adressänderungen, Namensänderungen etc.) und schliesslich muss der Zugang zu diesen Verzeichnisdaten für Dritte gewährleistet werden.

Diese Kosten fallen nur deshalb an, weil die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung ihre Kundenverzeichnisse den Herstellern von kommerziellen Verzeichnissen bzw. anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Verfügung stellen müssen. Bereits die Botschaft zum revidierten Art. 21 FMG¹⁰ hält fest, dass die Anbieterinnen von Fernmeldediensten dafür *angemessen* entschädigt werden müssen, jedoch keinen *wesentlichen* Geschäftsvorteil daraus ziehen dürfen. Die angesprochene Relation zwischen „angemessen“ und „kein wesentlicher Geschäftsvorteil“ kann nur darin liegen, dass die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung zwar keine übermässige Rendite erzielen, jedoch ihre damit verbundenen Kosten decken dürfen.

In der vorgeschlagenen Form wäre Art. 29 Abs. 2 FDV somit gesetzwidrig. Der Gesetzgeber will, dass die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung für die mit der Herstellung, Pflege und Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten verbundenen Kosten *angemessen entschädigt* werden. Zu diesem Willen des Gesetzgebers steht der Vorschlag in Widerspruch, da

¹⁰ BBl 2003 7978.

er einzig für die Kosten der Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten eine Entschädigung zulässt, für die wesentlichen Kosten, die bei der Herstellung und Pflege dieser Daten anfallen, aber eine angemessene Entschädigung verweigert.

Schliesslich ist es auch aus volkswirtschaftlichen Überlegungen nicht sinnvoll, dass die Anbieterinnen von kommerziellen Verzeichnissen ein von den Kundinnen und Kunden bzw. von den Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung finanziertes Produkt zu derart günstigen Konditionen erhalten. Eine solche Lösung würde es den Verzeichnisanbietern ermöglichen, ihr Produkt zu einem Preis auf den Markt zu bringen, auf welchen die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung und insbesondere die Kundinnen und Kunden keinen Einfluss mehr haben. Demzufolge kann mit dieser Lösung in keiner Weise sichergestellt werden, dass die günstigen Konditionen von den Verzeichnisanbieterinnen auch am Markt in Form von tiefen Preisen weitergegeben werden. So kann insbesondere nicht verhindert werden, dass die Verzeichnisanbieter die tieferen Kosten allein zur Erhöhung ihrer Marge verwenden. Unter diesem Aspekt erscheint es deshalb sinnvoller, dass die Anbieterinnen, welche die Verzeichnisdaten kommerziell vermarkten wollen, auch die gesamten Kosten tragen, die dieses Produkt verursacht. Dies ist ein Gebot der wirtschaftlichen Effizienz: Nur wenn die Nachfrager (die Hersteller von Verzeichnissen) alle Kosten tragen, die bei der Herstellung des nachgefragten Produkts anfallen (der regulierten Verzeichnisdaten), wird ihre Nachfrage effizient - d.h. auf dem volkswirtschaftlich richtigen Niveau - erfolgen. Werden dagegen die Produkte unter den effektiven Gestehungskosten verkauft, so führt dies zu einer übermässigen Nachfrage und damit zu einer Verschleuderung von Ressourcen, da die Nutzer nicht die gesamten Kosten tragen müssen (Problem der externen Kosten).

Die vorgeschlagene Verteilung der Kosten gibt einseitig die Interessen der Hersteller kommerzieller Verzeichnisse bzw. der kommerziellen Nutzer von Verzeichnisdiensten (wie z.B. Telegate) wieder und führt zu ineffizienten Ergebnissen. Ausser Acht gelassen wird die Tatsache, dass mit der Herstellung und der Pflege der regulierten Verzeichnisdaten Kosten verbunden sind, die von jemandem getragen werden müssen. Der Entwurf überwälzt diese Kosten auf die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung und damit letztlich auf die Kundinnen und Kunden von Diensten der Grundversorgung. Dies obwohl es gerade nicht die Kundinnen und Kunden sind, denen diese Kosten zugute kommen, sondern die Verzeichnisanbieter, die gestützt darauf ihre kommerziellen Aktivitäten aufbauen. Damit würden die Konsumentinnen und Konsumenten gezwungen, die kommerziellen Aktivitäten der Verzeichnisanbieter zu subventionieren.

Mit dem von Swisscom unten beantragten Art. 29 Abs. 1^{bis} und Abs. 2 FDV wird erreicht, dass der Verzeichniseintrag bei Diensten der Grundversorgung für alle Kundinnen und Kunden unentgeltlich ist und gleichzeitig den Abnehmern der regulierten Verzeichnisdaten die Gesamtkosten überwälzt werden. Da der Kostenblock der Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung mehr oder weniger gleich gross bleibt, wird der Kostenanteil, den eine Verzeichnisanbieterin tragen muss, immer kleiner, je mehr solcher Anbieterinnen auf den Markt treten. Damit wird auch der gewünschte Wettbewerb zwischen den Verzeichnisanbieterinnen sichergestellt.

4.4 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom die vorgeschlagenen Art 11, 16 und 29 FDV wie folgt zu ändern:

Art. 11 Abs. 1 Bst. a, c und f sowie Abs. 2

¹ Der Eintrag einer *Endkundin* oder eines *Endkunden* in Verzeichnissen von Fernmeldediensten besteht mindestens aus:

a. dem Adressierungselement *eines Dienstes der Grundversorgung*, mit welchem die *Endkundin* oder der *Endkunde* des betroffenen Fernmeldedienstes kontaktiert werden kann;

c. *streichen*

f. *streichen*

² *streichen*

Art. 16 Abs. 2 Bst. a, b und c Satz 1

²Die Grundversorgungskonzessionärin ist verpflichtet, im Innern der Wohn- und Geschäftsräume der *Endkundin* oder des *Endkunden* einen der folgenden Anschlüsse gemäss deren oder dessen Wahl bereitzustellen:

- a. einen festen Netzabschlusspunkt, zu dem ein Sprachkanal *sowie* eine *Telefonnummer gehören* und der die Datenübertragung über Schmalband erlaubt;
- b. einen festen Netzabschlusspunkt, zu dem zwei Sprachkanäle *sowie* drei *Telefonnummern gehören* und der die Datenübertragung über Schmalband erlaubt;
- c. einen festen Netzabschlusspunkt, zu dem ein Sprachkanal, eine *Telefonnummer und* ein Breitband-Internetzugang gehören. ...

Art. 29 Sachüberschrift, Abs. 1^{bis} (neu) und Abs. 2

Erhebung und Bereitstellung von Verzeichnisdaten *aus Diensten* der Grundversorgung

^{1bis} Der Eintrag in das Verzeichnis nach Abs. 1 ist für die Endkundinnen und Endkunden unentgeltlich

²Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach Absatz 1 sind verpflichtet, den Berechtigten gemäss Artikel 21 Absatz 2 und 3 FMG sowohl den Online-Zugang zu den Verzeichnisdaten ihrer *Endkundinnen und Endkunden nach Artikel 11 Absatz 1* als auch die blockweise Übertragung *dieser* Daten mit der Option von mindestens täglichen Aktualisierungen bereitzustellen. Dabei dürfen die Anbieterinnen *die Investitions- und Betriebskosten der Verzeichnisherstellung und* die durch die Bereitstellung der Daten entstandenen Kosten nach Massgabe von Artikel 52 in Rechnung stellen.

5 Geltungsbereich der Preisobergrenzen der Grundversorgung (Art. 23 des FDV-Entwurfes)

Vorbemerkung: Die nachfolgenden Ausführungen und der entsprechende Änderungsvorschlag waren bereits Gegenstand der Stellungnahme von Swisscom vom 31. Mai 2006 betreffend die Grundversorgung im Fernmeldebereich. Das Anliegen von Swisscom in diesem Zusammenhang wurde im Beschluss des Bundesrates zur FDV-Revision vom 13. September 2006 betreffend die Grundversorgung noch nicht berücksichtigt. Da es nicht nur die Regelung der Grundversorgung, sondern auch die Preisregulierung der Zugangsdienste gemäss Art. 49 ff. FDV betrifft, erlaubt sich Swisscom es in dieser Stellungnahme zu wiederholen.

5.1 Beratung der FMG-Revision im Nationalrat

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer kostenorientierten Preisgestaltung Interkonnektion gewähren. Mit der FMG-Revision vom 24. März 2006 hat die Bundesversammlung diese Preisregulierung auf weitere Formen des Zugangs zu Einrichtungen und Diensten ausgedehnt. Für die Festlegung kostenorientierter Preise kommt heute nach Art. 45 FDV die so genannte LRIC-Methode zur Anwendung. Im Jahr 2000 hat das Bundesgericht in einem Aufsichtsverfahren festgehalten, dass Swisscom als Grundversorgungskonzessionärin bei der Festlegung von kostenorientierten Interkonnektionspreisen nicht nur Art. 45 FDV (damals noch Art. 34 FDV), sondern auch die vom Bundesrat heute in Art. 26 FDV festgelegten Preisobergrenzen für die Grundversorgung beachten muss¹¹.

Im Rahmen der Beratungen der FMG-Revision wurde diese Ordnung in Frage gestellt. Herr Nationalrat Werner Marti beantragte zu diesem Zweck die folgende Änderung von Art. 17 Abs. 2 FMG:

¹¹ vgl. dazu BGE 2A.270/2000

Der Bundesrat strebt distanzunabhängige Tarife an. Er legt periodisch Obergrenzen für die Preise fest, welche die Konzessionärin von den Konsumentinnen und Konsumenten für die Dienste der Grundversorgung verlangen darf. Diese Obergrenzen gelten einheitlich für das ganze Gebiet und richten sich nach der Entwicklung des Marktes.

Anlässlich seiner Sitzung vom 7. Oktober 2004 hat der Nationalrat diesen Antrag wörtlich wie folgt diskutiert (vgl. AB 2004 N 1706):

Marti Werner (S, GL): Gemäss dem geltenden Recht legt der Bundesrat "periodisch für die Grundversorgung Preisobergrenzen fest". Mit meinem Minderheitsantrag will ich diese Preisfestsetzung näher definieren, näher präzisieren. Ich schlage vor, dass klar gesagt wird, dass diese Preisobergrenzen für Preise gelten, welche die Konzessionärinnen von den Konsumentinnen und Konsumenten für die Dienste der Grundversorgung verlangen dürfen. Weshalb will ich diese Präzisierung? Ich will vermeiden, dass ein Konkurrent, der den Zugang über dieses Kupferkabel verlangt, geltend machen kann, für ihn würden nun die Obergrenzen gemäss den bundesrätlichen Vorgaben gelten.

Wir müssen uns bewusst sein, dass diese Preise nach unterschiedlichen Kriterien festgelegt werden. Die Preise im Verhältnis Grundversorgungskonzessionärin/Wettbewerber werden nach der LRIC-Methode festgelegt. Sie können höher oder tiefer sein als die Preisobergrenzen, die der Bundesrat aufgrund der Verordnung zum FMG festlegt. Dort hält der Bundesrat nämlich ausdrücklich fest, dass für die Festsetzung dieser Preise nicht die LRIC-Methode gilt, sondern dass die Preise kostenbasiert sein müssen und dass auch die Leistungen zu berücksichtigen sind, die die Konsumentinnen und Konsumenten in den Vorjahren bereits erbracht haben.

Ein Beispiel: Wenn die Swisscom in der Vergangenheit zu hohe Preise erhoben hat und die entsprechenden Netze abgeschrieben worden sind, können diese Kosten gegenüber den Konsumentinnen und Konsumenten nicht nochmals geltend gemacht werden. Das gilt aber nur in diesem Verhältnis, nicht aber im Verhältnis zu den Mitbewerberinnen und Mitbewerbern.

Sofern der Bundesrat erklärt, er verstehe den Gesetzestext in diesem Sinne, das heisst, dass die Preisobergrenzen, die in Artikel 17 Absatz 2 definiert sind, identisch sind mit dem, was ich will, bin ich bereit, den Minderheitsantrag zurückzuziehen. Wenn wir diese Klarheit aber nicht haben, würde ich Sie ersuchen, in meinem Sinne zu entscheiden und daran festzuhalten, dass diese Preisobergrenzen, die vom Bundesrat festgelegt werden, nur im Verhältnis zwischen Konzessionärin und Konsumentinnen und Konsumenten gelten, nicht aber im Verhältnis zwischen Grundversorgungskonzessionärin und Mitbewerberin. Dort werden die Preise nämlich nach der LRIC-Methode festgelegt.

Le président (Maitre Jean-Philippe, premier vice-président): Monsieur Marti ayant souhaité une explication du Conseil fédéral, je passe immédiatement la parole à Monsieur le conseiller fédéral Leuenberger. Comme cela, on pourra savoir si la proposition de minorité est maintenue ou retirée.

Leuenberger Moritz, Bundesrat: Um es in diesem Fall abkürzen zu können, kann ich erklären, dass wir es genau so meinen, wie Sie es formuliert haben. Wir beabsichtigen nicht, die LRIC-Methode durch eine andere Kostenberechnungsmethodik zu ersetzen. Sie hat sich in der Praxis ja auch bewährt, und die Telekombranche stellt sie nicht infrage. Was Sie zur Obergrenze in Artikel 17 gesagt haben, verstehen wir in dem Sinne, wie Sie es ausgeführt haben.

Marti Werner (S, GL): Ich danke Ihnen, Herr Bundesrat. Dann können wir gemeinsam feststellen, dass diese Preisobergrenze nur im Verhältnis zwischen Grundversorgungskonzessionären und Konsumentinnen und Konsumenten besteht. Damit kann ich meinen Antrag zurückziehen.

Als Ergebnis der parlamentarischen Beratung des Antrages Marti kann zusammenfassend festgehalten werden, dass Herr Nationalrat Marti seinen Antrag zurückgezogen hat, nachdem Herr Bundesrat Leuenberger zuhanden des Protokolls ausdrücklich bestätigt hatte, dass die vom Bundesrat nach Art. 17 Abs. 2 FMG festzulegenden Preisobergrenzen nur im Verhältnis zwischen der Grundversorgungskonzessionärin und den Endkundinnen und Endkunden und nicht im Verhältnis zwischen der Grundversorgungskonzessionärin und den Mitbewerbern gelten sollen. Rechtlich gesehen hat der Bundesrat dem Parlament damit zugesichert, dass er seine Kompetenz zur Festlegung von Preisobergrenzen für die Grundversorgung in Zukunft nur noch zum Schutz der Endkundinnen und Endkunden ausüben wird. Damit wurde aber der heutige, vom Bundesgericht im damaligen Entscheid angewandte Geltungsbereich der Preisobergrenzen der Grundversorgung (Art. 26 FDV) nicht automatisch im zugesicherten Sinn eingeschränkt. Dazu bedarf es vielmehr noch einer rechtsatzmässigen Präzisierung in der FDV.

5.2 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, den Einleitungssatz von Art. 23 Abs. 1 FDV wie folgt zu ändern:

¹ Für die Endkundinnen und Endkunden gelten folgende Preisobergrenzen (ohne Mehrwertsteuer): ...

6 Horizontale Regelung der Notrufdienste (Art. 15 und Art. 28 des FDV-Entwurfes)

Bereits in ihrer Stellungnahme zur Änderung der FDV betreffend Grundversorgung vom 31. Mai 2006 hat Swisscom darauf hingewiesen, dass die Organisation der Notrufdienste horizontal geregelt werden sollte.

Ein gut funktionierender Notrufdienst ist für die Gesellschaft und jeden Einzelnen unerlässlich. Er sollte zuverlässig funktionieren, unabhängig vom gewählten Netzzugang und unabhängig davon, durch welche Anbieterin die Alarmzentrale erschlossen ist.

Zurzeit ist die Leitweglenkung der eingehenden Notrufe an die zuständige Alarmzentrale die Aufgabe der Grundversorgungskonzessionärin. Diese Regelung übersieht, dass die Leitweglenkung grundsätzlich jeweils nur von derjenigen Anbieterin von Diensten der Grundversorgung korrekt erbracht werden kann, bei welcher der Kunde und die Alarmzentrale angeschlossen sind, sowie allenfalls von denjenigen Anbieterinnen, deren Netz vom Transit betroffen ist. Demzufolge hat die Leitweglenkung nichts mit der Grundversorgung zu tun; vielmehr müssen dazu alle Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung verpflichtet werden. Art. 15 Abs. 1 Bst. c des FDV-Entwurfes erscheint in diesem Lichte nicht als Grundversorgungsbestimmung, sondern als „Lex Swisscom“, da Swisscom die bis anhin grösste Anbieterin von Anschlüssen bzw. Transitleistungen war.

Die geltende Regelung beschränkt die Kunden und/oder die Alarmzentralen in ihrer freien Wahl der Anbieterin von Diensten der Grundversorgung und steht damit im Widerspruch zum Wettbewerbsgedanken des FMG. In Zukunft muss deshalb die Regulierung den Kunden und den Alarmzentralen die Möglichkeit offen lassen, sich auch bei einer anderen Anbieterin als Swisscom anzuschliessen. Diese Anbieterinnen haben in der Folge die korrekte Leitweglenkung des eingehenden Notrufs zur zuständigen Alarmzentrale sicherzustellen. Dabei sind auch Fälle denkbar, die völlig unabhängig vom Netz von Swisscom ablaufen: Wenn z.B. ein Cablecom-Kunde einen Notruf an eine Alarmzentrale absetzt, die ebenfalls bei Cablecom angeschlossen ist, stellt Cablecom sinnvollerweise die gesamte Leitweglenkung in ihrem Netz sicher, ohne den Umweg über das Netz von Swisscom zu suchen.

Infolgedessen ist es notwendig, dass sämtliche Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung verpflichtet werden, die Leitweglenkung sicherzustellen, damit gewährleistet ist, dass ein Notruf korrekt geroutet wird, unabhängig davon, bei welcher Anbieterin der Kunde bzw. die Alarmzentrale angeschlossen ist bzw. welche Anbieterin die Transitleistung erbringt. Dabei ist eine Kooperation zwischen den verschiedenen Anbieterinnen unerlässlich. Im Sinne der Wettbewerbsneutralität sollte diese Kooperation in einer Form erfolgen, die keine der beteiligten Anbieterinnen besser oder schlechter stellt. Um dieses Ziel zu erreichen, schlagen wir eine Branchenlösung vor, bei der die Branche gemeinsame Regeln und Prozesse vereinbart.

Mit dem von Swisscom vorgeschlagenen Art. 28a Abs. 1 FDV wird Art. 15 Abs. 1 Bst. c des FDV-Entwurfes hinfällig. Dank dem vorgeschlagenen Art. 28a Abs. 7 FDV (heute Art. 28 Abs. 8 FDV) hat das BAKOM weiterhin die Möglichkeit, Vorschriften für den Fall zu erlassen, dass die Branche keine geeignete Lösung finden sollte.

Für die Standortidentifikation gilt bereits heute eine horizontale Regelung, indem die Grundversorgungskonzessionärin diesen Dienst in Zusammenarbeit mit den übrigen Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung betreiben muss (Art. 28 Abs. 4 FDV). Dieser Gedanke wird mit dem von uns vorgeschlagenen Art. 28a Abs. 2 FDV konsequenter umgesetzt. Dieser trägt überdies dem Umstand Rechnung, dass eine Alarmzentrale nicht zwingend bei der Grundversorgungskonzessionärin angeschlossen sein muss. Zudem wird berücksichtigt, dass die Alarmzentralen künftig von der Kostentragung befreit werden sollen.

Die vorgeschlagene Regelung ermöglicht somit, die Leitweglenkung und den Dienst zur Standortidentifikation, welche beide Elemente der Notrufdienste darstellen, unter den Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung als eine einheitliche, horizontale Lösung auszugestalten.

Die vom BAKOM vorgeschlagene Lösung zur Finanzierung der Standortidentifikation bei Notrufen ist mit der vorgesehenen Horizontalisierung der Verpflichtung sinngemäss ebenfalls auf die Zusammenarbeit zwischen den Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung zur Erbringung der Leitweglenkung zu übertragen. Diesbezüglich wird in Art. 28a Abs. 6 FDV präzisiert, dass die Investitions- und Betriebskosten beider Dienste künftig nach den in Art. 52 FDV festgelegten Grundsätzen der Kostenorientierung berechnet und anteilmässig auf alle Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung verteilt werden.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 15 und 28 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 15 Abs. 1 Bst. c FDV

¹Die Dienste der Grundversorgung sind wie folgt definiert:

c. ~~*streichen*~~

Art. 28 Sachüberschrift und Abs. 2 – 8

Zugang zu den Notrufdiensten

²*Die Anbieterinnen von Satellitenmobilfunkdiensten der Grundversorgung, denen die internationale Fernmeldeunion Adressierungselemente zugewiesen hat, müssen nur den unentgeltlichen Zugang zur Nummer 112 gewährleisten.*

³⁻⁸ ~~*streichen*~~

Art. 28a (neu)

Art. 28a Leitweglenkung und Standortidentifikation bei den Notrufdiensten

¹*Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung erbringen die Leitweglenkung der eingehenden Notrufe an die zuständigen Alarmzentralen (Nummern 112, 117, 118, 143, 144, 147) einschliesslich derjenigen Daten, die zur Identifikation des Standortes der anrufenden Stelle notwendig sind.*

²*Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung erbringen den Alarmzentralen unentgeltlich einen Dienst zur Standortidentifikation aller Endkundinnen und Endkunden von Diensten der Grundversorgung.*

³*Soweit es die gewählte Technik zulässt, muss die Standortidentifikation der Anrufenden für die Nummern 112, 117, 118 und 144 online gewährleistet sein. Dies gilt auch für Endkundinnen und Endkunden, die auf einen Eintrag im öffentlichen Verzeichnis verzichtet haben. Auf Gesuch hin kann das Bundesamt weitere ausschliesslich für Notrufdienste der Polizei, der Feuerwehr sowie der Sanitäts- und Rettungsdienste bestimmte Nummern bezeichnen, bei denen diese Standortidentifikation zu garantieren ist. Es publiziert die Liste dieser Nummern.*

⁴*Solange bei der Sprachübermittlung über Internet-Protokoll die korrekte Leitweglenkung und Standortidentifikation technisch nicht für jeden Standort möglich ist, muss diese nur bei Anrufen von dem im Abonnementsvertrag bezeichneten Hauptstandort aus gewährleistet sein. Die Anbieterinnen stellen sicher, dass die Endkundinnen und Endkunden über diese Einschränkung informiert werden und deren Kenntnisnahme ausdrücklich bestätigen. Sie machen diese darauf aufmerksam, dass für Notrufe von anderen Standorten aus wenn immer möglich ein dazu geeigneteres Kommunikationsmittel verwendet werden soll.*

⁵ In ausserordentlichen Lagen bleibt die prioritäre Leitweglenkung des zivilen Fernmeldeverkehrs von Endkundinnen und Endkunden, die in solchen Lagen wichtige Aufgaben zu erfüllen haben, gemäss Artikel 89 vorbehalten.

⁶ Für die Zusammenarbeit zwischen den Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung zur Erbringung der Leitweglenkung und des Dienstes zur Standortidentifikation richtet sich die Entschädigung nach Artikel 52. In die Kostenberechnung werden sowohl Investitions- wie auch Betriebskosten einbezogen.

⁷ Das Bundesamt kann Vorschriften für die Leitweglenkung und die Standortidentifikation der Notrufe erlassen.

7 Interoperabilität (Art. 30 des FDV-Entwurfes)

Ziel der Interoperabilitätspflicht ist vereinfacht ausgedrückt, dass jeder Teilnehmer jeden beliebigen anderen Teilnehmer kontaktieren kann. Hierzu wurde schon in der Vergangenheit fälschlicherweise stets von der „Kommunikationsfähigkeit der Dienste der Grundversorgung“ gesprochen, obwohl damit jeweils nur die Kommunikationsfähigkeit des öffentlichen Telefondienstes (Art. 16 Abs. 1 Bst. a FMG und Art. 19 Abs. 1 Bst. a FDV) gemeint war. Vor dem Hintergrund der Erweiterung des Umfangs der Grundversorgung auf die Datenübertragung (neuer Art. 19 Abs. 1 Bst. c^{bis} FDV) drängt sich jedoch eine Korrektur dieser Bestimmung auf. So ist es falsch für solche Datenübertragungsdienste eine Interoperabilitätspflicht vorzusehen, umfassen diese Dienste doch nicht den eigentlichen Datentransfer, sondern den Dienst, der einen solchen Datentransfer überhaupt erst erlaubt (z.B. der ADSL-Anschluss von Swisscom).

Damit die Interoperabilität des öffentlichen Telefondienstes sichergestellt ist, genügt es, wenn die betroffenen Parteien ihre Netze im Sinne der Interkonnektionspflicht gemäss Art. 58 FDV zusammenschalten (gegenseitige Erzeugung und Terminierung). Ein Verweis auf weitere Grundsätze ist nicht erforderlich, da diese Grundsätze auch bei dem in Art. 58 des FDV enthaltenen Basisangebot zur Anwendung kommen (technische und kommerzielle Bedingungen, Interkonnektionschnittstellen).

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 30 Abs. 1 FDV wie folgt zu formulieren:

¹ Wer *den öffentlichen Telefondienst* anbietet, muss die *Kommunikationsfähigkeit sicherstellen* (Art. 21a Abs. 1 FMG). Die Anbieterin muss dabei *ein Basisangebot für direkte oder indirekte Interkonnektion gemäss Artikel 58 anbieten*.

8 Mehrwertdienste (Art. 1 Bst. c und Art. 34 – 40 des FDV-Entwurfes)

8.1 Begriff "Mehrwertdienst" (Art. 1 Bst. c des FDV-Entwurfes)

8.1.1 Unbefriedigende Begriffsdefinition

Die in Art. 1 Bst. c des FDV-Entwurfes vorgeschlagene Definition der Mehrwertdienste vermag aus den folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

Begriffselement „Dienstleistung, die über einen Fernmeldedienst angeboten wird“ ist zu umfassend:

Mit diesem Begriffselement würden namentlich auch die über das Telefonnetz veranlasste Bestellung und Zahlungsabwicklung von Leistungen erfasst, welche gar nicht über die Telefonlinie erbracht werden. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang z.B. die Abwicklung von Zahlungsverkehr, das „Ticketing“ oder die Bezahlung von Getränken oder Parkplätzen über das Handy. Bei diesen Leistungen fallen oft Kosten an, welche die in Art. 38 des FDV-Entwurfes vorgeschlagenen Preisobergrenzen sprengen würden (beim Ticketing z.B. der Kauf eines Zugsbillets Bern – Zürich retour). Die Entwicklung zukunftssträchtiger Geschäftsfelder – insbesondere im Mobilfunkmarkt – würde dadurch verunmöglicht oder zumindest erheblich eingeschränkt. Dies wäre grundsätzlich auch dann der Fall, wenn die Preisobergrenzen noch erhöht werden sollten. Das Begriffselement „Dienstleistung, die über einen Fernmeldedienst angeboten wird“ ist deshalb einzuschränken.

Begriffselement „zusätzlich zu Fernmeldediensten in Rechnung gestellt“ ist gesetzeswidrig

Die Begriffsdefinition in Art. 1 Bst. c des FDV-Entwurfes widerspricht Art. 12b FMG. Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass der Gesetzgeber für den Bereich der Telekommunikation einen umfassenderen Begriff der Mehrwertdienste verabschiedet hat. Im zweiten Satz von Art. 12b Abs. 2 FMG steht: „Der Bundesrat legt diesen Betrag fest und erlässt Vorschriften, nach denen die Mehrwertdienste, die von Anbieterinnen von Fernmeldediensten zusammen mit den übrigen Dienstleistungen abgerechnet werden, auf Grund der Nummern als solche erkannt werden können.“ In Art. 12b Abs. 1 FMG sowie im ersten Satz von Art. 12b Abs. 2 FMG ist ebenfalls von – fernmelderechtlichen – Mehrwertdiensten die Rede, ohne dass dabei die Abrechnung durch die Anbieterin von Fernmeldediensten erwähnt würde. Daraus lässt sich ohne weiteres das Konzept des Gesetzgebers für fernmelderechtliche Mehrwertdienste ableiten:

Für die Definition der fernmelderechtlichen Mehrwertdienste ist es nicht relevant, ob die Abrechnung durch die Anbieterin von Fernmeldediensten zusammen mit den übrigen Dienstleistungen erfolgt oder nicht. Die in Art. 12b FMG erwähnten Konsumentenschutzvorschriften sollen in beiden Fällen zur Anwendung gelangen. Für Mehrwertdienste, welche die Anbieterin von Fernmeldediensten zusammen mit den übrigen Dienstleistungen abrechnet, wird eine einzige zusätzliche Auflage gemacht, nämlich diejenige dass diese Dienste aufgrund der Nummer als solche erkennbar sein müssen (Art. 12b Absatz 2 Satz 2 FMG).

Es würde deshalb dem Willen des Gesetzgebers klar widersprechen, den Mehrwertdienstbegriff in der FDV auf Mehrwertdienste zu beschränken, welche über die Anbieterinnen von Fernmeldediensten abgerechnet werden.

Auch die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des FMG geht von einem weiteren Mehrwertdienstbegriff aus, welcher nicht zwingend die Abrechnung durch die Anbieterin von Fernmeldediensten erfordert: In den Erläuterungen zu Art. 12b FMG wird gleich zwei Mal erwähnt, dass Rechnungsbeträge für Mehrwertdienste „in der Regel“ von der Anbieterin von Fernmelde-

diensten eingezogen bzw. mit der Telefonrechnung bezahlt werden¹². Das bedeutet nichts anderes, als dass es auch fernmelderechtliche Mehrwertdienste gibt, bei welchen keine Abrechnung durch die Anbieterin von Fernmeldediensten erfolgt.

Die gesetzwidrige Definition in Art. 1 Bst. c FDV hätte zur Folge, dass die in Art. 35 - 39 des FDV-Entwurfes vorgeschlagenen Vorschriften nur für Mehrwertdienste gelten würden, welche über eine Anbieterin von Fernmeldediensten abgerechnet werden. Damit würde der Bundesrat den Rechtsetzungsauftrag von Art. 12b FMG nicht erfüllen.

Weitere bedeutsame Nachteile der vorgeschlagenen Begriffsdefinition

Mit der vorgeschlagenen Begriffsdefinition käme es zu einer Verlagerung der Pflichten von den Anbieterinnen von Mehrwertdiensten auf die Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Bei diesen stellen sich allerdings nur Fragen der Rechnungsstellung und der Sperrung. Im Rampenlicht stehen hingegen die Mehrwertdiensteanbieter, welche für die inhaltliche Konzeption der Dienste - und entsprechende Missbräuche - die Verantwortung tragen müssen. Wird - wie mit Art. 37 Abs. 4 des FDV-Entwurfes vorgeschlagen - das Thema der Sperrung durch die Anbieterinnen von Fernmeldediensten befriedigend geregelt, besteht kein Grund, den Fokus der übrigen Bestimmungen ebenfalls auf sie zu richten.

Die vorgeschlagene Begriffsdefinition würde eine nicht nachvollziehbare Differenz zur Preisbekanntgabeverordnung (PBV) schaffen. Art. 12b FMG umfasst die Mehrwertdienste unabhängig von der Zahlungsart. Die Bestimmungen der PBV zu den Fernmeldediensten und den Mehrwertdiensten beziehen sich ihrerseits klar auf das Fernmelderecht, weshalb es nicht einsichtig wäre, wenn die Mehrwertdienste in der PBV anders definiert würden als in der FDV.

Die vorgeschlagene Begriffsdefinition würde dem Content Anbieter die Möglichkeit geben, durch die blosse Wahl der Abrechnungsart zu entscheiden,

- ob überhaupt ein Mehrwertdienst vorliegt und er als ein Anbieter von Mehrwertdiensten zu betrachten ist;
- ob für ihn die Sitzpflicht zur Anwendung gelangt;
- ob für den Content (bzw. die Ware/Dienstleistung) eine Preisobergrenze eingehalten werden muss;
- ob Sperrsets angeboten werden müssen (ausgenommen die „weiche“ Pornographie, bei der sich die Kontrollpflicht direkt aus Art. 197 StGB ableitet).

Für höherwertige Angebote käme aufgrund der Preisobergrenzen die Telefonrechnung als Zahlungsart nicht mehr in Frage, obwohl diese Abrechnungsart mit Art. 37 Abs. 4 FDV nicht (mehr) als „gefährlicher“ bezeichnet werden kann als andere Zahlungsarten wie z.B. Kreditkarten. Die Konsumenten würden bei teureren Angeboten deshalb sogar weniger Schutz geniessen als bei billigeren Angeboten (unterhalb der Preisobergrenze).

Gerade die beiden letztgenannten Punkte machen deutlich, dass für die Konsumenten je nach Zahlungsart ein völlig unterschiedliches Schutzniveau zur Anwendung gelangen würde. Content Anbieter mit zweifelhaften Angeboten würden auf Zahlungsarten (Kreditkarten, Post etc.) ausweichen, welche die Anwendung der vorgeschlagenen FDV-Bestimmungen ausschliessen würden. Bei eigentlichen Missbrauchsfällen würden die Konsumenten also schlechter geschützt als bei den "sauberen", über die Telefonrechnung abgerechneten Mehrwertdiensten. Insofern müsste sogar mit einer kontraproduktiven Wirkung der vorgeschlagenen FDV-Bestimmungen gerechnet werden.

8.1.2 Neues Konzept für die Mehrwertdienstdefinition

Nach Auffassung von Swisscom muss sich der Mehrwertdienstbegriff an Art. 12b FMG halten und dabei dem darin enthaltenen Missbrauchsgedanken Rechnung tragen. Dies heisst im Einzelnen Folgendes:

Wie bereits in den Erläuterungen zum FDV-Entwurf steht, werden Mehrwertdienste über Fernmeldedienste erbracht. Um einem unerwünscht weiten Anwendungsbereich entgegenzuwirken, ist für den Mehrwertdienstbegriff in den Vordergrund zu stellen,

¹² Vgl. BBl 2003 7972 f.

dass derartige „Zusatzdienste“ nur dann fernmelderechtliche Mehrwertdienste darstellen, wenn sie vollumfänglich auf der Basis eines Fernmeldedienstes bzw. über das Fernmeldenetz erbracht werden. Zu denken ist hier vor allem an Contentlieferungen, Downloads von Ringtones sowie an Chat-Services. Dies dürfte im Sinne des Gesetzgebers sein, betreffen doch die in der bundesrätlichen Botschaft zur Änderung des FMG erwähnten Missbräuche vorwiegend Mehrwertdienste, welche vollumfänglich über das Fernmeldenetz erbracht werden¹³.

Mit dieser Einschränkung würden Dienste, bei welchen über das Telefonnetz lediglich eine Zahlungsabwicklung veranlasst wird, richtigerweise nicht in den Bereich der Mehrwertdienste fallen. Bei diesen Diensten ist praktisch kein Missbrauchspotenzial vorhanden. Die Partner der Fernmeldediensteanbieterinnen stammen in solchen Fällen nicht aus der „anrühigen Ecke“ der Mehrwertdiensteanbieterinnen. Vielmehr handelt es sich um seriöse, meist bekannte Partner, welche über etablierte Waren und Leistungen verfügen, welche grundsätzlich auch über andere Vertriebskanäle erhältlich sind. Im Sinne einer weiteren Vertriebsvariante sollen diese Waren und Leistungen zusätzlich über das Telekommunikationsnetz bestellt und bezahlt werden, wobei dann die eigentliche Leistungserbringung weiterhin ausserhalb des Telekommunikationsnetzes stattfindet (Bsp: Transportleistungen, Zutritt zu Veranstaltungen, Lieferung von Ware, Datenverarbeitung ausserhalb des Fernmeldenetzes usw.). Um Auslegungsfragen vorzubeugen, schlägt Swisscom vor, Bereiche, welche nicht in die Kategorie der Mehrwertdienste fallen, in Art. 1 Bst. c FDV ausdrücklich zu erwähnen.

Die Rechnungsstellung durch die Anbieterin von Fernmeldediensten ist grundsätzlich kein Element des Mehrwertdienstbegriffes. Hingegen kann die Rechnungsstellung durch die Anbieterin von Fernmeldediensten bei der Festlegung einiger Pflichten im Zusammenhang mit Mehrwertdiensten relevant sein. So scheint es eine der Hauptsorgen zu sein, dass beim Einzug des Mehrwertdienstentgeltes der Telefonanschluss (vollumfänglich) gesperrt werden könnte. Dieses Spezialproblem kann mit der Bestimmung von Art. 37 Abs. 4 FDV gelöst werden. Es darf hingegen nicht als Begründung für weitere Ungleichbehandlungen der Zahlungsarten dienen. Die spezifische Frage der Anschlusssperre darf mit andern Worten nicht mit der Frage der Mehrwertdienstumschreibung vermischt werden.

Die Verantwortung für den Mehrwertdienst hat grundsätzlich der Anbieter des Mehrwertdienstes zu tragen. Zusätzliche Pflichten für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sind nur dort angebracht, wo sie zur Missbrauchsbekämpfung nötig sind und die Anbieterinnen von Fernmeldediensten aufgrund ihrer Stellung besondere Einflussmöglichkeiten haben.

8.1.3 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 1 Bst. c FDV neu wie folgt zu formulieren:

In dieser Verordnung bedeuten:

- c. *Mehrwertdienst*: Dienstleistung, die **auf der Basis eines Fernmeldedienstes vollumfänglich über das Fernmeldenetz erbracht** wird. **Kein Mehrwertdienst liegt vor, wenn die Leistung - wie beispielsweise bei der Bestellung von Waren und Dienstleistungen und beim Ticketing - teilweise oder vollumfänglich ausserhalb des Fernmeldenetzes erbracht wird. In keinem Fall als Mehrwertdienste gelten Leistungen der Anbieterinnen von Fernmeldediensten im Zusammenhang mit einer Bestellung und der Zahlungsabwicklung.**

8.2 Mehrwertdienste mit erotischen oder pornographischen Inhalten (Art. 35, 39 und 40 des FDV-Entwurfes)

Die Umschreibung „*Mehrwertdienste mit erotischen oder pornographischen Inhalten*“ in Art. 35 Abs. 4 des FDV-Entwurfes wird bereits in der geltenden Art. 31 FDV verwendet. Wie schon anlässlich der letztjährigen Revision der AEFV ausgeführt, ist diese Umschreibung juristisch höchst problematisch und in der Praxis nicht vernünftig umsetzbar. Die Problematik wird durch ihre nunmehr wiederholte Verwendung (Art. 35 Abs. 4 sowie mehrmals in Art. 39 und 40 des FDV-Entwurfes) verschärft.

¹³. BBl 2003 7972 f.

Der Jugendschutz im Bereiche der Pornographie ergibt sich aus Artikel 197 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB). Zu dieser sog. „weichen Pornographie“ besteht eine reichhaltige Rechtsprechung, welche für die notwendige Rechtssicherheit sorgt. Es versteht sich von selbst, dass diese Jugendschutzbestimmungen auch in der Telekommunikation umgesetzt werden müssen. Es ist allerdings fragwürdig, wenn nun in der FDV zusätzlich zu den pornographischen auch *erotische* Inhalte erfasst werden sollen. Von der Logik her müssten sich diese „erotischen“ Inhalte auf einer anderen, „milderen“ Stufe als die Pornographie bewegen. Im Gegensatz zur Pornographie hat der Begriff der Erotik allerdings keine klaren Umrisse. Schon deshalb sollte der Ausdruck vermieden werden. Vor allem ist aber nicht nachvollziehbar, wieso für erotische Inhalte bei der Telekommunikation strengere Regeln gelten sollen als bei andern Vertriebskanälen wie z.B. bei Videos, TV, Zeitungen oder Zeitschriften.

Wird dann hinsichtlich des Jugendschutzes generell auf den 5. Titel des zweiten Buches des StGB verwiesen (Einleitungssatz von Art. 40 des FDV-Entwurfes), ist dies fragwürdig. Der Jugendschutz wird in einer einzigen Bestimmung des StGB erwähnt und es spricht nichts dagegen, diesen Artikel genau zu zitieren. Dass im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Jugendschutz erneut „erotische oder pornographische“ Inhalte erwähnt werden (Art. 40 Bst. c des FDV-Entwurfes), ist aus strafrechtlicher Sicht unzutreffend.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung mit andern Branchen ist demnach in allen erwähnten Artikeln der Begriff „erotisch“ zu streichen. Der Jugendschutz soll sich nach Art. 197 Ziffer 1 StGB richten. Weitergehende Jugendschutzmassnahmen im Telekommunikationsbereich sind der Selbstregulierung in der Branche zu überlassen (vgl. die Bestrebungen zum freiwilligen Anheben der Altersgrenze auf 18 Jahre).

Um Wiederholungen zu vermeiden, erfolgen die konkreten Formulierungsvorschläge bei den jeweiligen Artikeln.

8.3 Erkennbarkeit von Mehrwertdiensten (Artikel 35 des FDV-Entwurfes)

Im Bereiche der WAP- und Internetdienste hat die Anbieterin von Fernmeldediensten nur teilweise die Möglichkeit, Mehrwertdienste als solche zu erkennen und zu kennzeichnen. Dies gilt sogar bei denjenigen Mehrwertdiensten, welche sie über ihre Fernmeldedienstrechnung abrechnet. Als Beispiel mag Vodafone Live dienen: Der Kunde wird hier zu einem „Kiosk“ mit einer Inhaltsübersicht der angebotenen Dienste geführt. Diese Dienste sind als Mehrwertdienste erkennbar, ebenso kann eine Kategorie „Erwachsenenunterhaltung“ ausgeschieden werden. Wählt der Kunde ein bestimmtes Angebot aus, verlässt er dabei das Portal von Swisscom Mobile und landet aufgrund des Internetlinks auf der Seite des Anbieters. Dieser listet dort seine verschiedenen Dienste auf. Der Kunde kann aber den entsprechenden Link auch direkt auf seinem Handy eintippen, unabhängig von Vodafone Live. Er gelangt dann – ohne Umweg über das Portal von Swisscom Mobile - direkt ins Angebot des Content-Anbieters und kann dort die entsprechenden Dienste konsumieren. Diese werden in der Folge über die Fernmelderechnung oder eine andere Zahlungsart (z.B. Kreditkarte) abgerechnet. Aus diesen Gründen muss bei dieser Art von Mehrwertdiensten die Anbieterin des Mehrwertdienstes verpflichtet werden, die Erkennbarkeit ihrer Mehrwertdienste sicher zu stellen. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sollen jedoch – soweit ihnen dies möglich ist – bei Mehrwertdiensten, welche sie selber abrechnen, ebenfalls eine Kennzeichnungspflicht übernehmen.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 35 Abs. 4 FDV die folgenden Änderungen:

⁴ Mehrwertdienste, die über andere als die in den Absätzen 2 und 3 genannten Adressierungselemente bereitgestellt werden, müssen von **ihren Anbieterinnen** als solche gekennzeichnet werden. Die Anforderung der ausdrücklichen Kennzeichnung gilt als erfüllt, wenn die **Endkundin** oder der **Endkunde** bei der Inanspruchnahme eindeutig erkennen kann, dass es sich um einen Mehrwertdienst handelt. Die Anbieterinnen von **Mehrwertdiensten** stellen sicher, dass Mehrwertdienste **mit pornographischen** Inhalten einer separaten, für die Kundinnen und Kunden klar erkennbaren Kategorie angehören. **Bei Mehrwertdiensten, die zusammen mit Fernmeldediensten in Rechnung gestellt werden, gelten diese Verpflichtungen auch für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, soweit dies technisch möglich ist.**

8.4 Anbieterinnen von Mehrwertdiensten (Art. 36 des FDV-Entwurfes)

8.4.1 Zu Abs. 1

Beim Hinweis auf Art. 34 Abs. 2 und 3 (Abs. 1 Bst. a) handelt es sich offensichtlich um einen Verschieb. Gemeint sein kann nur Art. 35 Abs. 2 und 3 sein.

Eine Anbieterin von Fernmeldediensten hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Art und den Inhalt eines Mehrwertdienstes, der über ihr Netz angeboten wird. Swisscom erachtet es daher als nicht opportun, dass mit der Begründung der mangelnden Erkennbarkeit die Verantwortung bei derartigen Mehrwertdiensten von den Inhaberinnen und Inhabern von Nummern gemäss Art. 35 Abs. 2 und 3 FDV auf die Anbieterinnen von Fernmeldediensten abgeschoben werden soll. Aufgrund nicht kalkulierbarer Risiken könnte sich diese sonst gezwungen sehen, ihre Netze für derartige Dienste einzuschränken oder gar nicht mehr zur Verfügung zu stellen.

Die Bestimmung und ihre Begründung steht zudem im Widerspruch zu Art. 37 Abs. 3 FDV. Danach muss auf der Fernmelderechnung angegeben werden, wie die Identität und die Adresse einer Anbieterin eines Mehrwertdienstes festgestellt werden kann.

Aus diesen Gründen ist Art. 36 Abs. 1 Bst. b FDV obsolet.

8.4.2 Zu Abs. 2

In den Erläuterungen zu Art. 1 Bst. c des FDV-Entwurfes steht, dass der Kunde bei einer direkten Abrechnung durch den (Mehrwert-)Dienstleister gegen Missbrauch gut geschützt sei, da er einfach die Rechnung nicht bezahlen könne, wenn er damit nicht einverstanden sei. Dies wird als Grund angegeben, wieso in diesem Fall weniger Schutzvorkehrungen nötig sind als bei einer Abrechnung über die Fernmelderechnung. Art. 37 Abs. 4 des FDV-Entwurfes sieht nun aber sinngemäss vor, dass die Anbieterinnen von Fernmeldediensten bei Bestreitung des Mehrwertdienstentgelts bloss den Zugang zu den Mehrwertdiensten sperren dürfen. Der Kunde erhält dank dieser Bestimmung dasselbe Schutzniveau wie bei einer separaten Leistungsverrechnung des Leistungserbringers: Er muss nicht bezahlen, die Rückforderungsproblematik bleibt ihm erspart. Es ist dann vielmehr Sache des Leistungserbringers zu klagen.

Sogar wenn der Kunde in der Klägerrolle verbleiben würde, hätte er aufgrund des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ, SR 0.275.11) regelmässig einen Gerichtsstand an seinem Wohnsitz (vgl. Art. 5 und 13 LugÜ). Die Kunden haben somit im Falle von Missbrauch gegen Anbieterinnen von Mehrwertdiensten, die ihren Sitz oder wenigstens eine Niederlassung in einem Vertragsstaat haben, nach dem Lugano Übereinkommen die Möglichkeit, in der Schweiz ein Gerichtsurteil zu erwirken. Sobald sie im Besitze eines für sie positiven Gerichtsurteils sind, können sie dieses – sofern die entsprechende Anbieterin dem Urteil keine Folge leisten sollte – ohne weiteres in deren Sitzstaat vollstrecken lassen (Art. 31ff. LugÜ). Über den Sachentscheid darf auch im Vollstreckungsland keine Nachprüfung vorgenommen werden (Art. 34 Abschnitt 3 LugÜ).

Demnach bestehen eigentlich keine sachlichen Gründe, um die in Art 36 Abs. 2 des FDV-Entwurfes vorgeschlagene Sitz- oder Niederlassungspflicht einzuführen. Wäre die Sitzpflicht nicht bereits auf Gesetzesstufe (Art. 12b Abs. 1 FMG) vorgesehen, könnte sie ersatzlos gestrichen werden.

Bei der Umsetzung der Sitzpflicht auf Verordnungsstufe ist wie erwähnt zu berücksichtigen, dass Art. 37 Abs. 4 FDV die in diesem Zusammenhang relevanten Konsumenten Anliegen bereits weitgehend erfüllt. Daneben ist aber auch der folgende Aspekt zu beachten:

Die Anbieterinnen von Mehrwertdiensten generell zu verpflichten, ihre Dienste von einem Sitz oder einer Niederlassung in der Schweiz aus anzubieten, ist für diejenigen Anbieterinnen, welche ihre Dienste bisher ohne Sitz oder Niederlassung in der Schweiz aus dem Ausland angeboten haben, diskriminierend und unverhältnismässig. Vor allem aber ist das Erfordernis eines Sitzes oder einer Niederlassung in der Schweiz unrealistisch und marktverhindernd. Sowohl grosse ausländische Firmen wie CNN oder Disney als auch kleinere, mittelständische Unternehmen werden kaum eine Niederlassung für den kleinen schwei-

zerischen Markt eröffnen. Es muss damit gerechnet werden, dass ein erheblicher Teil von qualitativ interessantem Content in der Schweiz nicht mehr verfügbar sein bzw. gar nie angeboten wird.

Diese Überlegungen sprechen für eine grosszügige Regelung der Sitzpflicht auf Verordnungsstufe.

Soweit der betreffende Betreiber bereits einen Sitz oder eine Niederlassung in einem Staat des Lugano Übereinkommens hat, kann festgehalten werden, dass der vorgeschlagene Art. 36 Abs. 2 FDV im Sinne der *Allgemeinen Ausnahmen* des WTO-Abkommens (Art. XIV Bst. c) i)) einerseits nicht *erforderlich* und andererseits sogar unzulässig ist. Diesbezüglich würde Art. 36 Abs. 2 FDV nämlich zu einer *willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung unter Ländern* bzw. zu einer *verdeckten Beschränkung für den Dienstleistungshandel* gemäss Art. XIV des WTO-Abkommens führen. Dies wiederum würde es gemäss Art. 12b Abs. 1 FMG verbieten, von diesen Anbieterinnen einen Sitz bzw. eine Niederlassung in der Schweiz zu verlangen, da sonst *internationale Verpflichtungen* verletzt würden. Deshalb ist bezüglich dieser Anbieterinnen auf ein entsprechendes Erfordernis zu verzichten.

Nicht weiter geprüft wurde in diesem Rahmen, ob betreffend diejenigen Anbieterinnen, welche keine Niederlassung in einem Vertragsstaat haben, ein bilateraler Staatsvertrag besteht, welcher den Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten dieselben Vollstreckungsmöglichkeiten eröffnet, wie es das LugÜ tut. Dies müsste im Einzelfall geprüft werden. Sollte ein solcher, bilateraler Staatsvertrag bestehen, würde auch in diesen Fällen Art. 36 Abs. 2 FDV internationale Verpflichtungen verletzen.

8.4.3 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, für Art. 36 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 36

¹ Als Anbieterinnen von Mehrwertdiensten gelten *Inhaberinnen und Inhaber von Nummern gemäss Artikel 35 Absätze 2 und 3 und anderen Adressierungselementen gemäss Artikel 35 Absatz 4, die für die Bereitstellung von Mehrwertdiensten verwendet werden.*

² Die Anbieterinnen von Mehrwertdiensten, *welche weder einen Sitz noch eine Niederlassung in einem Vertragsstaat des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen („Lugano Übereinkommen“)* haben, müssen ihre Dienste von einem Sitz oder einer Niederlassung in der Schweiz aus anbieten.

8.4.4 Eventualantrag zu Abs. 2

Eventualiter schlägt Swisscom im Sinne einer verhältnismässigen Umsetzung von Art. 12b FMG vor, den Anbieterinnen von Mehrwertdiensten erst dann einen Sitz oder eine Niederlassung in der Schweiz vorzuschreiben, wenn sich eine Anbieterin tatsächlich missbräuchlich verhalten hat (bspw. im Rahmen eines "positiven" Nummernwiderrufsverfahrens) oder bereits einschlägig bekannt ist. Diese Umsetzungsvariante von Art. 12b FMG ergibt sich aus der Missbrauchsbekämpfung als ihrem Normziel. Art. 36 Abs. 2 FDV müsste in diesem Fall wie folgt lauten:

² Die Anbieterinnen von Mehrwertdiensten, *welche ihre Dienste in missbräuchlicher Art aus dem Ausland anbieten, müssen einen Sitz oder einer Niederlassung in der Schweiz begründen.*

8.5 Verrechnung von Mehrwertdiensten (Art. 37 des FDV-Entwurfes)

8.5.1 Zu Abs. 1

Der vorgeschlagene Detaillierungsgrad der bei Mehrwertdiensten für die Rechnungsstellung geforderten Angaben entspricht ungefähr demjenigen der auf Verlangen des Kunden zu liefernden Informationen für Fernmeldedienste (vgl. Art. 77 Abs. 2 des FDV-Entwurfes). Die Umstellung der Rechnungsstellung auf diese Vorgaben wäre aufwändig und würde einige Zeit in An-

spruch nehmen. Zudem wäre mit einer unnötigen und vom Kunden nicht gewünschten Papierflut zu rechnen. Swisscom ist der Ansicht, dass auch bei den Mehrwertdiensten detailliertere Angaben nur auf Verlangen bekannt gegeben und nicht standardmässig auf der Fernmelderechnung aufgeführt werden sollten. Im Einleitungssatz von Art. 37 Abs. 1 FDV sollte deshalb sinngemäss dieselbe Formulierung wie in Art. 77 Absatz 2 FDV verwendet werden. Weiter sollte der Konsument denselben Schutz geniessen, unabhängig davon, ob die Rechnungsstellung durch die Anbieterin von Fernmeldediensten oder durch die Anbieterin von Mehrwertdiensten erfolgt.

Die Vorgabe von Abs. 1 Bst. a ist grundsätzlich nachvollziehbar, sie kann jedoch bei WAP/Internet-Diensten zu Problemen führen, weshalb ein entsprechender Vorbehalt nötig ist.

Das Mehrwertdienstgeschäft über Dienste der Kategorie 090x ist ein Massengeschäft. Die entsprechenden Verbindungen werden zurzeit auf der Rechnung des Dienstbenutzers unter summarischen Positionen wie *„Verbindungen 0900 Business Number“*, ausgewiesen, ohne dass weiter gehende Angaben erfolgen. Dies hat verschiedene Gründe:

- Aktuell sind ca. 40'000 Nummern der Kategorie 090x aktiv. Hinzu kommt täglich eine Vielzahl an Neuschaltungen, Kündigungen und Änderungen der verschiedenen Geschäftstätigkeiten. Dieser Dynamik kann nur mittels summarischer Rechnungspositionen nachgekommen werden.
- Jede Fernmeldedienstanbieterin rechnet für ihre Kunden nebst den im eigenen Netz aktivierten 090x Nummern auch Verbindungen von solchen Diensten ab, welche in Fremdnetzen aufgeschaltet sind. Die Transparenz über den Verwendungszweck dieser Nummern fehlt jedoch gänzlich, sodass keine detaillierte Dienstbeschreibung möglich ist.
- Inhalt und Betrieb einer 090x Nummer stehen grundsätzlich im Verantwortungsbereich des Nummernbetreibers und nicht der Fernmeldedienstanbieterin. Der Betreiber kann jederzeit den Verwendungszweck ändern, sodass die von den Fernmeldedienstanbieterinnen bekannt gegebene Beschreibung unter Umständen nicht mehr aktuell ist.

Die heute auf der Rechnung resp. dem Einzelbindungsnachweis aufgeführten Angaben inkl. der Verweis auf die Internetseite des BAKOM mit den aufgelisteten Namen der Nummernbetreiber erlauben den Konsumenten, die Anbieterinnen von 090x Nummern ausfindig zu machen und die gewünschten Informationen direkt einzuholen.

Auch ausserhalb des INA-Nummernbereiches weiss oftmals nur der Mehrwertdienstanbieter, welche Art von Mehrwertdienst im Einzelfall konsumiert worden ist. Im Gegensatz zum Mehrwertdienstanbieter ist die Anbieterin von Fernmeldediensten deshalb nicht immer in der Lage, auf dem Verbindungsnachweis den Dienst zu beschreiben oder zu bezeichnen. Die in Art. 37 Abs. 1 Bst. b des FDV-Entwurfes vorgeschlagene Pflicht ist deshalb zu streichen oder auf die Anbieterinnen von Mehrwertdiensten zu beschränken.

8.5.2 Zu Abs. 2

Erfolgt die Prepaid-Abbuchung durch die Anbieterin von Fernmeldediensten, ist es sachgerecht, die Pflicht gemäss Art. 37 Abs. 2 FDV auf sie zu beschränken. Es ist dabei jedoch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass bei Prepaid keine Rechnungen mit Anfechtungsfrist gestellt werden. Das Recht des Kunden, die in Absatz 1 erwähnten Angaben zu verlangen, ist deshalb zeitlich zu beschränken.

Gerade bei Prepaid-Angeboten, bei welchen keine Abonnementsgebühren verlangt werden, besteht kein Grund, die Kostenlosigkeit der Auskunftgabe vorzuschreiben.

8.5.3 Zu Abs. 3

Diese Bestimmung kann bei INA-Nummern mit Angabe eines Links auf die BAKOM-Homepage, bei SMS/MMS-Mehrwertdiensten mit Angabe eines Links auf die Homepage von Swisscom Mobile (bzw. ihrer Mitbewerberinnen) gelöst werden.

Bei WAP bzw. sog. „WAP Content Billing“ kann darauf hingewiesen, dass der Kunde zu jedem Rechnungsposten bei der Hotline Auskunft zum Mehrwertdiensteanbieter erhalten kann. Denkbar wäre zudem, Name und Adresse der einzelnen Anbieter ebenfalls auf der Homepage von Swisscom Mobile aufzulisten. Dadurch wird ein Transparenz-Niveau erreicht, welches ohne weiteres erlaubt, auf Art. 36 Abs. 1 Bst. b FDV zu verzichten.

8.5.4 Zu Abs. 4

Aus Sinn und Zweck dieser Bestimmung geht hervor, dass die Nichtbezahlung der Mehrwertdienste nicht dazu führen soll, dass die Anbieterin von Fernmeldediensten dem Kunden die übrigen Fernmeldedienste (insb. normale die Gesprächstelefonie) vorenthält. Dies ist nachvollziehbar. Hingegen muss es der Anbieterin von Fernmeldediensten möglich sein, zumindest den Zugang zu den Mehrwertdiensten zu sperren. Andernfalls würden Missbräuchen Tür und Tor geöffnet und bestünde das Risiko eines wachsenden Schadens. Swisscom geht deshalb davon aus, dass Art. 37 Abs. 4 FDV die Sperre von Mehrwertdiensten nicht verhindern soll. Dies sollte klar gestellt werden. Sperrverbot sollte zudem nicht zur Anwendung kommen, wenn die Sperrung aus einem anderen Grund wie Missbrauch, Belästigung etc. vorgenommen werden muss.

8.5.5 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 37 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 37 Abs. 1 Einleitungssatz und Bst. a und b sowie Abs. 2 und 4

1 Solange die Möglichkeit der Anfechtung ihrer Rechnung besteht, können die Endkundinnen und Endkunden von der Rechnung stellenden Anbieterin verlangen, dass sie ihnen folgende Daten mitteilt:

- a. soweit bekannt das Adressierungselement, über das der Mehrwertdienst erbracht wird;***
- b. streichen***

2 Bei Anschlüssen der Endkundin oder des Endkunden mit Vorbezahlung der Dienste teilt die Anbieterin von Fernmeldediensten während 30 Tagen nach erfolgter Belastung des Entgelts die in Absatz 1 genannten Angaben auf Verlangen mit.

4 Bestreitet eine Endkundin oder ein Endkunde eine Rechnung betreffend Mehrwertdienste ganz oder teilweise, so ist die Anbieterin von Fernmeldediensten nicht berechtigt, aus diesem Grund den Anschluss zu sperren oder den Vertrag vor Beilegung der Streitigkeit zu kündigen. Sie ist jedoch berechtigt, den Zugang zu Mehrwertdiensten ganz oder teilweise zu sperren.

8.6 Preisobergrenzen für Mehrwertdienste (Art. 38 des FDV-Entwurfes)

Die vorgeschlagene Bestimmung bestätigt die Ausführungen zu Art. 1 Bst. c FDV in Ziffer 8.1 dieser Stellungnahme: Mehrwertdienste können nur solche Dienste sein, welche vollumfänglich über das Telekommunikationsnetz konsumiert werden. Nur bei diesen Dienstleistungen stellt sich die Frage nach Missbräuchen ernsthaft. Wird hingegen über das Telekommunikationsnetz z.B. eine Ware oder ein Ticket bestellt, handelt es sich in der Regel um ein Gut, welches bereits über einen Marktpreis verfügt. Das Telekommunikationsnetz stellt bloss einen alternativen Vertriebskanal dar. Der Preis eines SBB-Tickets von z.B. CHF 80.- sollte nicht dadurch missbräuchlich werden, dass das Ticket anstatt am Schalter über ein Telekommunikationsnetz gekauft wird. Bei einer derartigen Regelung würde das Telekommunikationsnetz als Vertriebskanal von physischen Gütern - mit Ausnahme des tiefsten Preissegments - gesperrt. Dies wäre marktverhindernd. Es würde insofern auch in erheblichem Ausmass in die Vertragsfreiheit eingegriffen, indem eine bestimmte Art, Willenserklärungen auszutauschen und den Zahlungsverkehr abzuwickeln, massiv eingeschränkt würde.

Würde der zu weite Mehrwertdienstbegriff belassen, müssten demnach die Preisobergrenzen teilweise um Faktor 100 oder mehr erhöht werden, um nicht legitime und interessante Dienstleistungen und Geschäftsmodelle zu verunmöglichen.

Aber auch wenn der Mehrwertdienstbegriff wie von Swisscom vorgeschlagen eingeschränkt wird, sind die zur Diskussion gestellten Preisobergrenzen trotzdem anzupassen: Die parlamentarische Initiative, welche zur Aufnahme von Preisobergrenzen für Mehrwertdienste geführt hatte, wurde vor dem Dialer-Verbot und vor dem Inkrafttreten der verschärften Preisbekanntgabeverordnung (PBV) ergriffen. Das Dialer-Verbot und die PBV-Revision haben - nicht zuletzt auch zusammen mit der von den Fernmeldeanbieterinnen initiierten Branchenvereinbarung der SICTA - zu einer nachhaltigen qualitativen Verbesserung des Mehrwertdienstmarktes und zu einer starken Abnahme der Missbrauchsfälle geführt. Unter diesen Vorzeichen dem Verhältnismässigkeitsprinzip besondere Beachtung zu schenken. Es soll nur die mildeste Massnahme ergriffen werden, welche geeignet ist, ein allenfalls festgestelltes Missbrauchspotenzial zu bekämpfen. Bei den vorgesehenen, tiefen Preisobergrenzen trifft dies nach Auffassung von Swisscom nicht zu.

8.6.1 Zu Abs. 1

Eine Preisobergrenze von CHF 40 für Grund- oder Fixgebühren würde bestehende Applikationen im Mehrwertdienstbereich, bspw. den Kauf von Jahresabonnements für online Zeitungen oder aber künftige Dienste, welche mittels Offline Tarifierung Typ B erfolgen werden („Event“-Tarifierung für den Kauf von Konzerttickets) verhindern.

Mit der Änderung der PBV wurden die Betreiber verpflichtet, bei Tarifen mit Fixgebühren von mehr als CHF 10 eine Gebührenerhebung erst dann vorzunehmen, wenn die Dienstebnutzer die Annahme des Angebots durch ein besonderes Signal bestätigt haben. Diese seit Januar 2004 eingeführte Bestätigungsverpflichtung hat „teure“ Mehrwertdienste nachhaltig reguliert und die Missbrauchsfälle fast vollständig eliminiert. Ein weiterer Eingriff mit relativ tiefen Schwellenwerten würde die entsprechenden Dienste gänzlich verhindern, anstatt sie massvoll zu regulieren. Eine Preisobergrenze von CHF 100 erscheint Swisscom für die betroffenen Dienste als angemessen und verhindert nicht per se eine Vielzahl von möglichen Diensten.

8.6.2 Zu Abs. 3

Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb für die in Abs. 3 genannten Mehrwertdienste die Preisobergrenze pro Minute nicht wie in Abs. 2 auf CHF 10, sondern bloss auf CHF 5 festgesetzt werden soll. Es gibt zurzeit auf dem Markt unter Abs. 3 fallende Angebote, bei welchen gesamthaft pro Minute zwischen CHF 5 und CHF 10 anfallen können, ohne dass dies zu Problemen geführt hätte. Es trifft ausserdem nicht zu, dass das Vorgehen zum Abschalten solcher Dienste kompliziert ist und der Kunde mit dem Suchen des Stop-Codes viel Zeit verliert. Immerhin wird dem Kunden vor der Aktivierung das Vorgehen zum Deaktivieren per SMS mitgeteilt (vgl. Art 11b PBV). Die Preisobergrenze in Abs. 3 ist deshalb an diejenige in Abs. 2 anzugleichen.

Eine auf die Bekämpfung von Missbräuchen ausgerichtete Auslegung von Art. 12b rev.FMG würde sogar nahe legen, Abs. 3 auf „missbrauchsgefährdete“ Dienste wie z.B. den Chat-Service zu beschränken.

8.6.3 Zu Abs. 4

Die für die Summe aller Gebühren einer Verbindung vorgeschlagene Preisobergrenze von CHF 200 ist aus den in der Einleitung zu Ziffer 8.6.1 genannten Gründen unnötig einschränkend und widerspricht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Mit massvollen Preisobergrenzen für Grund- und Minutengebühren würde dem Konsumentenschutzgedanke ohne weiteres Genüge getan. Absatz 4 ist daher ersatzlos zu streichen oder es wäre zumindest ein höherer Betrag festzulegen. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass es im Mobilbereich so genannte Langzeitabonnemente gibt z.B. „Goal-Alerts“. Auch hier kann die Schwelle zwar irgendeinmal erreicht werden, unter Umständen aber erst nach längerer Zeit (d.h. nach mehreren Monaten oder sogar erst nach über einem Jahr). Der Kunde würde in diesem Fall nicht verstehen, wieso ihm plötzlich der Dienst deaktiviert würde. Das Problem könnte dadurch gelöst werden, dass der Schwellenbetrag pro Abrechnungsperiode gilt. Dem Kunden würde mit der Abrechnung in Erinnerung gerufen, welchen Dienst er abonniert hat und wie viel ihn dieser in der letzten Abrechnungsperiode gekostet hat. Es ist deshalb sachgerecht, danach den „Zähler wieder auf 0 zu stellen“.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 38 FDV die folgenden Änderungen

Art. 38 Abs. 1, 3 und 4

¹ Bei Mehrwertdiensten dürfen Grund- oder Fixgebühren den Betrag von **100** Franken nicht übersteigen.

³ Bei Mehrwertdiensten, die auf einer Anmeldung der **Endkundin** oder des **Endkunden** beruhen und eine Mehrzahl von Einzelinformationen auslösen können, darf weder die Gebühr pro Einzelinformation noch die Summe der Gebühren der von der Anbieterin innerhalb einer Minute übermittelten Einzelinformationen den Betrag von **10** Franken übersteigen.

⁴ **streichen**

oder wie folgt anzupassen:

⁴ Bei Mehrwertdiensten darf die Summe aller Gebühren (Grundgebühr, Fixgebühren und zeitabhängige Gebühren) pro Verbindung oder Anmeldung den Betrag von **400** Franken **pro Abrechnungsperiode** nicht übersteigen.

8.7 Sperrung des Zugangs zu Mehrwertdiensten (Art. 39 des FDV-Entwurfes)

Sperrsets der Anbieterinnen von Fernmeldediensten dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Altersscheck bei pornographischen Angeboten im Einzelfall immer noch durch die Anbieterin von Mehrwertdiensten vorzunehmen ist.

8.7.1 Zu Abs. 3

Aus den in Ziffer 8.3 dieser Stellungnahme erläuterten Gründen („Direktzugang auf das Internet“) ist es den Anbieterinnen von Fernmeldediensten bei WAP-/WEB-Diensten nicht möglich, eine vollumfängliche Sperre zu gewährleisten. Dies gilt bereits für Angebote, welche über die Telefonrechnung abgerechnet werden und umso mehr für solche, die durch Dritte in Rechnung gestellt werden. Art. 39 Abs. 3 FDV ist entsprechend zu präzisieren.

8.7.2 Zu Abs. 4

Die jederzeitige Aktivierungsmöglichkeit durch den Kunden gemäss Art. 39 Abs. 4 des FDV-Entwurfes ist aus sachlichen Gründen in zweierlei Hinsicht einzugrenzen:

- Diese Bestimmung darf den in Art. 40 des FDV-Entwurfes vorgesehenen Schutz der Minderjährigen nicht aushebeln.
- Sperrungen durch die Anbieterin der Fernmeldedienste infolge Zahlungsverzug (vgl. Art. 37 Abs. 4 des FDV-Entwurfes) oder anderweitigen Vertragsverletzungen soll der Kunde ebenfalls nicht von sich aus aufheben können.

8.7.3 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 39 FDV wie folgt zu formulieren:

Art. 39

¹ Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen ihren **Endkundinnen** und **Endkunden** ermöglichen, abgehende Verbindungen zu allen über 090x-Nummern angebotenen Mehrwertdiensten oder nur zu den über 0906-Nummern angebotenen Mehrwertdiensten **mit pornographischen** Inhalten zu sperren.

² Anbieterinnen von Fernmeldediensten mit einer Bewilligung für die Verwaltung und Zuteilung von Kurznummern für SMS- und MMS-Dienste im Sinne von Artikel 15a ff. AEFV ermöglichen ihren **Endkundinnen** und **Endkunden**, den Zugang zu allen von ihnen zugeteilten Kurznummern für kostenpflichtige SMS- und MMS-Dienste oder nur zu denjenigen für SMS- und MMS-Dienste **mit pornographischen** Inhalten zu sperren.

³ Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die gemäss Artikel 35 Absatz 4 Mehrwertdienste anbieten **und sie zusätzlich zu Fernmeldediensten in Rechnung stellen**, ermöglichen ihren **Endkundinnen** und **Endkunden**, **soweit technisch möglich**,

abgehende Verbindungen zu allen von ihnen angebotenen Mehrwertdiensten oder nur zu denjenigen *mit pornographischen* Inhalten zu sperren.

⁴ Die *Endkundinnen* und *Endkunden* müssen diese Sperrungen jederzeit einfach und unentgeltlich aktivieren und deaktivieren können. *Die Deaktivierung steht unter dem Vorbehalt von Artikel 40 und von Sperrungen, welche durch die Anbieterin von Fernmeldediensten vorgenommen wurden.*

⁵ Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Absätzen 1, 2 und 3 informieren ihre *Endkundinnen* und *Endkunden* beim Vertragsschluss und danach mindestens einmal jährlich über diese Sperrmöglichkeiten.

8.8 Schutz von Minderjährigen (Art. 40 des FDV-Entwurfes)

Wie bereits in Ziffer 8.7 dieser Stellungnahme erwähnt, geht Swisscom davon aus, dass der Mehrwertdienstanbieter in jedem Einzelfall eine Alterskontrolle vornehmen muss. Andernfalls könnte z.B. ein Minderjähriger über den „Familien“-Festnetzanschluss problemlos pornographische Inhalte konsumieren. Eine vorgängig zum individuellen Alterscheck erfolgende Voreinstellung der Sperre ist dann sinnvoll, wenn das Alter des Kindes bekannt ist. Swisscom hat im Mobilfunk eine derartige Voreinstellung bereits realisiert.

Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass es Kunden gibt, bei welchen das Alter nicht bekannt ist; dies ist der Fall bei Prepaid SIM-Karten, welche vor dem 1. November 2002 in Betrieb genommen und nicht registriert wurden. Hier kennt Swisscom das Geburtsalter des Kunden nicht. Weiter gibt es mit den Geschäftskunden eine ganze Kundenkategorie, welche gar kein Alter im Sinne der Bestimmung hat und bei welcher die Anwendung von Art. 40 FDV nicht adäquat wäre.

In derartigen Fällen ist eine *Voreinstellung* der Sperre durch die Anbieterin von Fernmeldediensten nicht sinnvoll. Vielmehr ist hier auf individuelle Sperren und individuelle Alterskontrollen abzustellen. Dies ist auch bei den Geschäftskunden vertretbar: In der Arbeitswelt arbeiten vorwiegend Personen, die älter als 16 Jahre alt sind. Unter diesen Umständen erachtet Swisscom es als sachgerecht, die Sperre nicht voreinzustellen. Es liegt in der Verantwortung der Firma bzw. des Arbeitgebers, bei seinen (wenigen) unter 16-jährigen Arbeitnehmern eine konkrete Sperre zu veranlassen.

Hinsichtlich Art. 40 Bst. c des FDV-Entwurfes gelten zudem die Ausführungen in Ziffer 8.7.1 dieser Stellungnahme sinngemäss.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 40 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 40

Ist eine Endkundin oder ein Endkunde unter 16 jährig und ist dies der Anbieterin von Fernmeldediensten bekannt, stellt sie sicher, dass die Sperre des Zugangs zu folgenden Diensten mit pornographischen Inhalten im Sinne von Art. 197 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 voreingestellt ist:

- a. Mehrwertdienste mit *pornographischen* Inhalten (0906-Nummern);
- b. über Kurznummern bereitgestellte SMS- und MMS-Dienste mit *pornographischen* Inhalten;
- c. gemäss Artikel 35 Absatz 4 angebotene Mehrwertdienste mit *pornographischen* Inhalten, *soweit diese Dienste von der Anbieterin von Fernmeldediensten in Rechnung gestellt werden und die Voreinstellung der Sperre des Zugangs technisch möglich ist.*

8.9 Schlussbemerkung

Es bestehen bei den Mehrwertdiensten offensichtlich erhebliche Unterschiede zwischen der im FDV-Entwurf vorgeschlagenen Konzeption und der Vorstellung von Swisscom von einer gesetzeskonformen, zielkonformen und ausgewogenen Regelung in diesem Bereich. Swisscom weiss, dass weitere Anbieter und auch Branchenverbände massive Vorbehalte gegenüber der

vorgeschlagenen Regelung haben. Swisscom würde es deshalb begrüßen, wenn das BAKOM vor der Verabschiedung der FDV Kontakt mit der Branche aufnehmen und mit ihr die Regulierung der Mehrwertdienste diskutieren würde.

9 Schlichtungsstelle (Art. 41 – 48 des FDV-Entwurfes)

9.1 Vorbemerkung

Generell fällt auf, dass eine Diskrepanz zwischen den Verordnungsbestimmungen und den Erläuterungen besteht, welche weniger weit gehen. Insbesondere reflektiert der Verordnungstext den in den Erläuterungen korrekt formulierten Grundsatz nicht, wonach die Schlichtungsstelle lediglich "*ein Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung*" bieten soll. Er trägt im Gegenteil alle Züge eines schiedsgerichtsähnlichen Verfahrens.

9.2 Verfahrensgrundsätze (Art. 43 des FDV-Entwurfes)

9.2.1 Zu den Absätzen 1 und 4 - 7

Abs. 1

Die Formulierung "*vorteilhaft für die Kundinnen und Kunden*" weckt falsche Erwartungen. Es gibt nicht wenige Fälle, wo sich ein Kunde zu Unrecht an die Schlichtungsstelle wendet. Ein solcher Kunde soll nicht auf Kosten anderer Kunden oder der betroffenen Fernmeldediensteanbieterin einen Vorteil erhalten. Ausserdem verletzt der Absatz in der jetzigen Form das Gleichbehandlungsgebot: Das Verfahren muss selbstverständlich auch für die Anbieterinnen fair und rasch sein (vgl. auch das Erfordernis der Unparteilichkeit in Art. 41 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 2 Bst. b des FDV-Entwurfes). Die Formulierung muss entsprechend angepasst werden.

Es ist - in Verbindung mit Art. 45 des FDV-Entwurfes gesehen - nicht zulässig, ein völlig unspezifisches Akteneinsichtsrecht zu stipulieren. Das schweizerische Prozessrecht kennt keine Discovery. Mit der jetzigen Fassung besteht die Gefahr, dass das Schlichtungsverfahren - mit Blick auf das ja jederzeit vorbehaltene Zivilverfahren (Art. 44 des FDV-Entwurfes) - einzig zur Aushorchung der anderen Partei missbraucht wird, welche so irgendwelchen Offenlegungsbegehren schutzlos ausgeliefert wäre. Dies obwohl das Schlichtungsverfahren keine bindende Wirkung entfalten kann. Dies liefe dem Schlichtungsgedanken zuwider.

Ähnlich verhält es sich mit dem unbestimmten Begriff "*andere angemessene Verfahrensgarantien*", welcher viel zu konturlos ist. Dabei ist zu beachten, dass je mehr Verfahrensgarantien gewährt werden, desto schwieriger das Ziel eines raschen und einfachen Verfahrens zu erreichen sein dürfte.

Abs. 4

Art. 12c FMG hält zwar fest, dass die Parteien durch einen Schlichtungsentscheid nicht gebunden sind. Leider ist diese Wortwahl in zweierlei Hinsicht verunglückt:

- Wenn schon keine Bindung besteht, dann macht es auch keinen Sinn, einen eigentlichen Schiedsgerichtsentscheid, den "Schlichtungsentscheid", zu fällen.
- Entgegen der gesetzlichen Formulierung kann ein Schlichtungsakt jedoch sehr wohl für die Parteien bindend sein. Nämlich dann, wenn sie einen Vergleichsvertrag schliessen.

Die Verordnung sollte hier präziser sein und die eigentliche Aufgabe der Schlichtungsstelle umschreiben, nämlich die Vermittlung unter den Streitparteien. Der Entwurf möchte demgegenüber der Schlichtungsstelle beinahe richterliche Kompetenzen zugestehen. Damit würde aber die gesetzliche Vorgabe, wonach keine Bindungswirkung von der Schlichtungstätigkeit ausgehen darf, unterlaufen.

Es bestünde nämlich die Gefahr, dass durch eine solche schiedsgerichtsähnliche Tätigkeit die Vermittleraufgabe in den Hintergrund gedrängt würde. Da die Schlichtung gemäss Abs. 1 "für die Kunden vorteilhaft" sein soll, ist zudem zu befürchten, dass eine solche Schlichtungsrechtsprechung tendenziell anbieterfeindlich ausfallen würde (die Erläuterungen wollen sogar einen Entscheidung ex aequo et bono zulassen). All dies würde dem Schlichtungsgedanken widersprechen.

Es macht keinen Sinn, einen eigentlichen Sachentscheid zu treffen, wenn dieser nicht verbindlich sein kann. Im Extremfall kann eine Partei z.B. ohne weiteres schon zu Beginn der Schlichtung oder gar generell in Bezug auf die Schlichtungsstelle erklären, dass sie sich in keinem Falle an einen Schlichtungsentscheid gebunden fühle und ihn auch nicht umsetzen werde. In diesem Falle ist ein Sachentscheid nutzlos.

Schlichtungsentscheide im Sinne einer materiellen "Entscheidung" der Streitigkeit würden ausserdem das Effizienzgebot von Art. 41 Abs. 2 des FDV-Entwurfes unterlaufen, da sie - wenn das Fairnessgebot nicht ein Lippenbekenntnis sein soll - von vornherein mit grossem Abklärungs- und Begründungsaufwand verbunden wären.

Wird die Grenze zu einer quasi-richterlichen Tätigkeit überschritten, wird die Schlichtungsstelle nie zu erträglichen Kosten arbeiten können und bloss Pendenzen vor sich her schieben. Bei ihrer Ausgestaltung ist es daher unerlässlich, sich an folgenden Eckpunkten zu orientieren:

- Es werden keine Sachentscheide getroffen. Wesentlich effizienter und für die Kunden letztlich auch einfacher ist es, wenn die Schlichtungsstelle den Parteien eine mögliche Lösung des Konflikts unterbreitet, die diese dann in Form eines verbindlichen Vergleichs umsetzen können.
- Kann keine Lösung gefunden werden, ist die Schlichtung zu beenden. Weiteren Aufwand in einem solchen Falle zu betreiben, würde nur die Kosten für die Schlichtungstätigkeit ohne erkennbaren Nutzen in die Höhe treiben.
- Ein Einlassungszwang, wie er in Art. 45 des FDV-Entwurfes vorgeschlagen wird, ist zwar vertretbar, da sich eine Anbieterin zumindest mit den Vorbringen der Gegenpartei und den Einschätzungen der Schlichtungsstelle auseinandersetzen soll. Sie darf jedoch von den Verfahrensregeln nicht schlechter gestellt werden als in einem Zivilprozess.

Im Übrigen ist nicht klar, was der "*Bericht über den Ablauf des Schlichtungsverfahrens*" für einen Zweck erfüllen soll. Der Satz ist deshalb zu streichen.

Abs. 5 - 7

Abs. 5 ist missverständlich formuliert. Explizit sollten nur schlichtungsspezifische Beendigungsgründe genannt werden. Im Übrigen ist auf Art. 44 FDV zu verweisen.

Abs. 6 wiederholt unnötigerweise Art. 12c Abs. 3 FMG und ist deshalb zu streichen.

Der Regelungsgehalt von Abs. 7 gehört nicht zu den „*Verfahrensgrundsätzen*“, sondern zu Art. 42 FDV (Zuständigkeit). Im Übrigen wäre zu präzisieren, welches Reglement dem BAKOM zur Genehmigung vorgelegt werden muss.

9.2.2 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 43 FDV neu wie folgt zu formulieren:

Art. 43 Abs. 1 und 4 - 7

¹ Das Schlichtungsverfahren muss *für die Parteien fair und rasch sein. Die Parteien sind von der Schlichtungsstelle anzuhören. Eine Partei kann die von der anderen Partei eingereichten Unterlagen jederzeit einsehen. Es können ihr auf Wunsch und gegen Aufwandsersatz Kopien davon zugestellt werden.*

⁴ Die Schlichtungsstelle *sucht eine Verhandlungslösung unter den Parteien herbeizuführen. Zu diesem Zweck unterbreitet sie den Parteien einen Schlichtungsvorschlag. Die Parteien können diesen Vorschlag annehmen oder ablehnen. Nehmen sie ihn an, dann bereitet die Schlichtungsstelle einen schriftlichen Vergleich zuhanden der*

Parteien vor. Lehnen sie ihn ab, stellt die Schlichtungsstelle fest, dass keine Schlichtung zustande gekommen ist.

⁵ Das Schlichtungsverfahren endet *in folgenden Fällen:*

- a. mit dem Rückzug des Schlichtungsbegehrens;*
- b. mit dem Abschluss eines Vergleichs;*
- c. mit dem Scheitern der Schlichtung;*
- d. bei Gegenstandslosigkeit des Schlichtungsverfahrens nach Artikel 44 Absatz 2.*

^{6 und 7} *streichen* (bzw. in Art. 42 FDV verschieben)

9.3 Verhältnis zu anderen Verfahren (Art. 44 des FDV-Entwurfes)

Art. 44 Abs. 2 des FDV trägt der in Abs. 1 stipulierten Unabhängigkeit von einem allfälligen Zivilprozess nicht Rechnung. Es ist illusorisch, den Parteien eine Frist aufzuerlegen, innert der ein Zivilprozess durchgeführt werden soll. Die Parteien haben nur wenig Einfluss auf die Dauer eines solchen Prozesses, der insbesondere auch von der Arbeitslast der zuständigen Gerichte abhängt. Es ist auch verfehlt, die Schlichtung ruhen zu lassen: Ein Prozess zeigt ja gerade, dass keine Schlichtung erreicht werden kann. Die Schlichtung muss daher in einem solchen Fall enden.

Die einzig sachgerechte Lösung ist es demnach, die Schlichtung als gegenstandslos zu erklären, wenn die Sache vor einem Gericht oder Schiedsgericht anhängig gemacht wird. Ist überdies die Sache bei Einreichung des Schlichtungsbegehrens vor einem Gericht bereits hängig, dann ist gar nicht erst auf das Begehren einzutreten. Das ergibt sich nicht nur aus dem Effizienzgebot, vielmehr sehen die Zivilprozessordnungen in Streitigkeiten der vorliegenden Art ebenfalls eine Einigungsverhandlung vor.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, den vorgeschlagenen Art. 44 FDV wie folgt zu ändern:

Art. 44 Abs. 2

² Das Schlichtungsverfahren *wird gegenstandslos, wenn sich ein ordentliches* Gericht oder ein Schiedsgericht mit der *Sache* befasst. *Ist ein solches Gericht mit der Sache bereits bei Einreichung des Schlichtungsbegehrens befasst, kann kein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden.*

9.4 Verpflichtungen der Anbieterinnen (Art. 45 des FDV-Entwurfes)

9.4.1 Zu Abs. 1 und 2

Es ist hier, wie oben ausgeführt, der Tatsache Rechnung zu tragen, dass aus dem Schlichtungsverfahren grundsätzlich keine Verpflichtungen für die Parteien resultieren. Die in Abs. 1 statuierte Auskunftspflicht ist daher zu unspezifisch und geht zu weit. Die in Abs. 2 vorgesehene Lieferung der „für die Streitbeilegung erforderlichen Fernmeldeverkehrsdaten“ würde zudem das Fernmeldegeheimnis (Art. 43 FMG) verletzen, fehlt doch eine gesetzliche Ausnahmebestimmung, die einer Fernmeldeanbieterin in einem Schlichtungsverfahren gestatten würde, über den Fernmeldeverkehr Auskunft zu geben. Die Auskunftspflicht ist deshalb unter Ausnahme der unter das Fernmeldegeheimnis fallenden Angaben auf die Herausgabe von Unterlagen zu beschränken, die für die Formulierung eines Schlichtungsvorschlages erforderlich sind.

9.4.2 Zu Abs. 3

Diese Bestimmung geht zu weit. Es ist davon auszugehen, dass die Öffentlichkeit auch ohne jeden Hinweis genügend über die Existenz einer Schlichtungsstelle informiert ist. Daher muss die allgemeine Pflicht reichen, die Kunden zu orientieren, z. B. mittels entsprechendem Hinweis auf der Internet-Homepage.

9.4.3 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 45 FDV wie folgt zu formulieren:

Art. 45

¹ Jede Anbieterin von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten, die von einem Schlichtungsbegehren betroffen ist, muss am Schlichtungsverfahren teilnehmen. ***Sie stellt der Schlichtungsstelle mit Ausnahme von Angaben über den Fernmeldeverkehr diejenigen Unterlagen zur Verfügung, die für die Formulierung eines Schlichtungsvorschlages erforderlich sind.***

² Die Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten informieren ihre ***Endkundinnen*** und ***Endkunden*** über die ***Möglichkeit, bei Streitigkeiten die Schlichtungsstelle zur Vermittlung anzurufen.***

9.5 Persönliche Daten (Art. 46 des FDV-Entwurfes)

Da die Schlichtungsstelle bei effizienter Ausgestaltung nur Vorschläge zur Schlichtung formuliert und diese nicht verbindlich sind, besteht kein Anlass, Parteiinterna zu veröffentlichen. Solche Veröffentlichungen dürften sich als kontraproduktiv erweisen: Eine Anbieterin ist im Einzelfall viel eher zu Konzessionen bereit, wenn sie nicht damit rechnen muss, dass ihr diese in einer nächsten Schlichtung von anderen Anspruchstellern entgegengehalten werden. Eine Veröffentlichungspraxis wie sie dem Entwurf vorschwebt, würde demnach dem ganzen Schlichtungsverfahren dessen Formlosigkeit und Spontaneität entziehen. Die Parteien müssten wegen der möglichen Drittwirkung wesentlich formalistischer argumentieren und die Schlichtungsstelle wäre verpflichtet, die Argumente der Parteien ebenfalls zu veröffentlichen, da eine Partei bei Veröffentlichung von rechtlich fragwürdigen Entscheiden gerichtlich gegen die Schlichtungsstelle selber vorgehen könnte. Das kann nicht der Schlichtungsgedanke sein.

Wie oben ausgeführt, ist das Fällen von ohnehin nicht verbindlichen "Schlichtungsentscheiden" in jedem Falle ineffizient und wegen der Möglichkeit, nach Gutdünken zu entscheiden, rechtsstaatlich fragwürdig. Deshalb ist von einer solchen "Gerichtsbarkheit" konsequent Abstand zu nehmen. Das bedeutet gleichzeitig, dass auch keine "Entscheide" zu veröffentlichen sind. Dem steht eine ausführliche Berichterstattung über die Tätigkeit der Schlichtungsstelle nicht entgegen.

Aus diesem Grund beantragt Swisscom, ***Art. 46 Abs. 4 FDV ersatzlos zu streichen.***

10 Zugang zu den Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Anbieterinnen (Art. 49 – 71 des FDV-Entwurfes)

10.1 Regulierte Zugangsdienste bedürfen einer gesetzlichen Grundlage

Das geltende Fernmeldgesetz sieht in Art. 11 Abs. 1 für die marktbeherrschende Anbieterin einzig die Gewährung von Interkonnektion vor. Diese Zugangsform wurde in der ursprünglichen Fassung der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV)¹⁴ näher definiert. Demnach umfasste das Basisangebot gemäss Art. 43 Abs. 1 FDV

- a. Erzeugung, Terminierung und Transit der Verbindungen aller Dienste der Grundversorgung (Originating, Terminating Access and Tandem Service);
- b. Zugang zu anderen Diensten, bei denen die Anbieterin marktbeherrschend ist;
- c. Anrufidentifikationsdienste: [...]
- d. den Zugang zu den Mehrwertdiensten 08xx und 09xx;

¹⁴ SR 784.101.1

- e. die physische Verbindung von Fernmeldeanlagen verschiedener Anbieterinnen, die für die Verbindung von Diensten notwendig ist.

In der Folge versuchte die Commcare AG, von der Swisscom gestützt auf den Begriff „Interkonnektion“ auch Mietleitungen und Übertragungsmedien zu kostenorientierten Preisen gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu erhalten. Diese Interpretation wurde indessen vom Bundesgericht in seiner Entscheid vom 3. Oktober 2001 verworfen.¹⁵ In seiner Begründung hielt das Bundesgericht insbesondere fest, dass es sich bei der Interkonnektionspflicht um einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der davon berührten Fernmeldedienstanbieter handelt. Eine solche Pflicht bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, die so bestimmt zu sein hat, dass sie den Fernmeldedienstanbieterinnen ermöglicht, verlässlich festzustellen, welche Dienste zu Interkonnektionsbedingungen zu erbringen sind. Aufgrund der Auslegung von FMG und FDV kam das Bundesgericht zum Schluss, dass Swisscom gestützt auf das damals geltende Fernmelderecht nicht verpflichtet ist und auch nicht gezwungen werden kann, in Anwendung von Art. 11 Abs. 1 FMG Interkonnektion bei Mietleitungen und Übertragungsmedien zu gewähren.

Im Jahr 2003 ergänzte der Bundesrat die FDV in Art. 43 Abs. 1 um verschiedene neue Zugangsformen:

- a^{bis}. Mietleitungen;
- a^{ter}. schnellen Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access);
- a^{quater}. gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss (Shared Line Access);
- a^{quinques}. vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Full Access).

Gestützt auf diese neuen Bestimmungen stellte TDC Switzerland AG (TDC) ein Gesuch um gemeinsamen Zugang und vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss. Im Entscheid vom 30. November 2004¹⁶ bestätigte das Bundesgericht die im Commcare-Entscheid getroffene Feststellung, dass es sich bei der Interkonnektionspflicht um einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der davon berührten Fernmeldedienstanbieterinnen handelt. Die wirtschaftlichen Folgen einer Entbündelung des Teilnehmeranschlusses sind erheblich, weshalb sie demokratisch diskutiert und entschieden werden müssten. Dies ist angesichts der Bedeutung der sich stellenden Fragen nur im Gesetzgebungsprozess möglich. Infolgedessen bedarf die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses einer genügenden Grundlage in einem *formellen* Bundesgesetz.¹⁷

Diese Rechtsauffassung bestätigte das Bundesgericht in zwei weiteren Entscheiden vom 22. November 2005 betreffend Gesuche von TDC um schnellen Bitstrom-Zugang und um Mietleitungen.¹⁸

Der Bundesgesetzgeber ist inzwischen tätig geworden: Gemäss neuem Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in folgenden Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren:

- a. den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss;
- b. während vier Jahren schnellen Bitstrom-Zugang;
- c. das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes;
- d. die Interkonnektion;
- e. Mietleitungen;
- f. den Zugang zu den Kabelkanalisationen, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 und 2A/505/2000 vom 3.10.2001 (Commcare-Entscheid).

¹⁶ BGE 131 II 13.

¹⁷ BGE 131 II 28 f., E. 6.4.2 – 6.4.4.

¹⁸ BGE 132 II 47 und Entscheid vom 22. November 2005 i.S. TDC Switzerland AG gegen Swisscom Fixnet AG und ComCom betr. Interkonnektion / Gesuch um Mietleitungen (2A.234/2005).

Im Rahmen der Einigungskonferenz vom 21. März 2006 wurde überdies der so genannte Flexibilisierungsartikel, Art. 11 Abs. 2 FMG, ersatzlos gestrichen, welcher es der Bundesversammlung ermöglicht hätte, aufgrund technischer und wirtschaftlicher Entwicklungen das Regime der Zugangsformen mittels Verordnung zu ändern.¹⁹ Mit Art. 11 FMG ist somit eine abschliessende Regelung der Zugangsformen geschaffen worden.²⁰ Damit hat der Gesetzgeber den Anforderungen des Bundesgerichts an das Erfordernis einer hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage in einem Gesetz in formellem Sinn Rechnung getragen.

Gleichzeitig steht aber auch fest, dass für weitere Zugangsformen auf Verordnungsstufe kein Raum bleibt. Das ergibt sich bereits aus der oben erwähnten abschliessenden Regelung der Zugangsformen in Art. 11 Abs. 1 FMG. Überdies hielt das Bundesgericht unmissverständlich fest, dass es sich beim Grundsatz der Gesetzmässigkeit bzw. beim Erfordernis des Gesetzesvorbehalts um ausdrücklich verankerte Verfassungsrechte handelt (Art. 5 Abs. 1 sowie Art. 164 BV), an die sich die Behörden unter Einschluss der Kommunikationskommission sowie des Bundesgerichts zu halten haben.²¹ Wenn es somit nach Auffassung des Bundesgerichts Sache des Bundesgesetzgebers ist, die Zugangsformen und deren Rahmen und Bedingungen in einem Gesetz im formellen Sinn festzulegen,²² dann ist dies auch für den Verordnungsgeber verbindlich. Wenn der Verordnungsgeber wie vorgeschlagen in Art. 55 Abs. 1 Bst a FDV das sog. „subloop unbundling“ (Nutzung eines Teilabschnitts der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung) und in Art. 54 FDV die Kollokation als eigenständige, detailliert geregelte Verpflichtung statuieren würde, würden diese Vorgaben jedoch verletzt (zu den Einzelheiten vgl. die Ziffern 10.7 und 10.8 dieser Stellungnahme).

10.2 Berechtigung (Art. 49 des FDV-Entwurfes)

Es ist unklar, ob der vorgeschlagene Art. 49 FDV im Zusammenhang mit internationalen Fernmeldediensten ausländische Anbieterinnen von internationalen Fernmeldediensten oder nationale Anbieterinnen von internationalen Fernmeldediensten meint.

Aus den Erläuterungen ergibt sich, dass dieser Artikel eine Klarstellung gegenüber der bestehenden FDV bezweckt. Nur effektiv gemeldete Anbieterinnen sollen Anspruch auf Zugang haben, und die marktbeherrschende Anbieterin soll nur leistungspflichtig sein gegenüber gemeldeten Anbieterinnen gemäss der Liste des BAKOM.

Art. 3 des FDV-Entwurfes regelt die Ausnahmen von der Meldepflicht. Nicht meldepflichtig sind ausländische Anbieterinnen, die ihre Verbindungen in der Schweiz durch andere gemeldete Anbieterinnen terminieren lassen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a des FDV-Entwurfes). Da ausländische Anbieterinnen nicht meldepflichtig sind, erscheinen sie auch nicht auf der Liste des BAKOM, und die marktbeherrschende Anbieterin ist ihnen gegenüber auch nicht leistungspflichtig. Falls somit in Art. 49 des FDV-Entwurfes mit „Anbieterinnen internationaler Fernmeldedienste“ ausländische Anbieterinnen von internationalen Fernmeldediensten gemeint wären, würde dies dem in den Erläuterungen erwähnten Sinn und Zweck der vorgeschlagenen Bestimmung zuwiderlaufen.

Nationale Anbieterinnen hingegen sind meldepflichtig, unabhängig davon, ob sie nationale oder internationale Fernmeldedienste anbieten. Falls somit in Art. 49 des FDV-Entwurfes nationale Anbieterinnen von internationalen Fernmeldediensten gemeint sind, so würde sich die entsprechende Ergänzung erübrigen, weil diese Anbieterinnen bereits unter den Begriff der meldepflichtigen Anbieterinnen fallen.

Da gemäss den Erläuterungen nur meldepflichtige Anbieterinnen von Fernmeldediensten Zugang zu Einrichtungen und Diensten der marktbeherrschenden Anbieterin erhalten sollen, beantragt Swisscom, den vorgeschlagenen Art. 49 FDV wie folgt zu ändern:

Zum Zugang zu den Einrichtungen und Diensten der marktbeherrschenden Anbieterin berechtigt sind alle *beim Bundesamt* gemeldeten Anbieterinnen von Fernmeldediensten (*Art. 4 FMG*).

¹⁹ Votum NR Weigelt vom 21. März 2006, AB 2006 N 337.

²⁰ anstelle vieler: Votum NR Simoneschi-Cortesi vom 21. März 2006, AB 2006 N 338.

²¹ BGE 131 II 43, E. 9.

²² BGE 131 II 43, E. 9.

10.3 Nichtdiskriminierung (Art. 50 des FDV-Entwurfes)

Die Verpflichtung, Geschäftspartner nicht zu diskriminieren, geht auf das allgemeine Wettbewerbsrecht zurück. Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 50 des FDV-Entwurfes konkretisieren diese Verpflichtung im Falle des Zugangs zu Einrichtungen und Diensten einer marktbeherrschenden Anbieterin von Fernmeldediensten.

Im Zusammenhang mit dem Nichtdiskriminierungsgebot kennt das Kartellgesetz so genannte „legitime Geschäftsinteressen“. Danach ist nicht jede vermeintliche Diskriminierung als unzulässig einzustufen; insbesondere dann nicht, wenn betriebswirtschaftliche Gründe für ein entsprechendes Verhalten sprechen²³.

Im FMG gibt es keinen Hinweis, dass das Nichtdiskriminierungsgebot nach Fernmeldegesetz anders auszulegen wäre als nach Kartellgesetz. „Legitime Geschäftsinteressen“ sind somit auch bei der Anwendung des Fernmelderechtes zu berücksichtigen.

Betriebliche Planungsreserven und technische Reserven für den Betrieb und den Unterhalt der eigenen Anlagen und Einrichtungen gehören typischerweise zu den legitimen Geschäftsinteressen einer Telekommunikationsunternehmung. So bedarf es bspw. in den Zentralen technischer oder betrieblicher Platzreserven für den Ersatz alter Anlagen. Da der Telekommunikationsbetrieb nicht während längerer Zeit unterbrochen werden darf, muss die alte Anlage solange parallel betrieben werden, bis die neue fertig gebaut und vollkommen im Netz implementiert ist. Erst wenn die neue Anlage funktioniert, kann die alte Anlage entfernt werden. Die Platzreserven müssen sich daher auf den Parallelbetrieb von alten und neuen Technologien ausrichten. Für den Ersatz alter Technologien sind daher explizit technische Reserven vorzusehen.

Abgesehen von der bei allen Zugangsformen vorhandenen Problematik der restriktiven Bestimmung von Art. 50 Abs. 3 des FDV-Entwurfes und der Bedeutung, welche dieser Norm beigemessen werden soll²⁴, dürfte diese Vorschrift bezüglich des Zugangs zu Kabelkanalisationen auch Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG widersprechen, der dem Eigengebrauch ausdrücklich Priorität einräumt²⁵.

Gerade am Beispiel des Zugangs zu Kabelkanalisationen zeigt sich, dass das vorgeschlagene Reservemanagement zu restriktiv ist und damit verschiedenen gewichtigen Aspekten nicht Rechnung getragen wird:

- Bei Kabelkanalisationen sind Reserven (bei einem sog. Vollrohr ca. 1/3 des Querschnittes) unabdingbar, damit Einzug und Betrieb der einzelnen Kabel überhaupt sichergestellt sind. Dazu gehört z.B. der Kabelzug, d.h. der Einzug eines Kabelschlittens in die Rohranlage zum Richten der Kabel. Die entsprechenden Reserven können unter den Begriff der *technischen Reserven* subsumiert werden.
- Neben diesen rein technischen Reserven müssen aber auch sog. *betrieblich-planerische Reserven* berücksichtigt werden: Als (aktuelle und wohl auch künftige) Grundversorgungskonzessionärin unterliegt Swisscom bekanntlich einem Kontrahierungszwang in Bezug auf die Bereitstellung eines Festnetzanschlusses und der damit verbundenen weiteren Dienste der Grundversorgung. Dabei hat sie strengen Qualitätsanforderungen zu genügen, bspw. hinsichtlich der Bereitstellungszeiten für Neuanschlüsse. Wenn es ihr nun aufgrund von Art. 50 Abs. 3 des FDV-Entwurfes nicht mehr erlaubt sein sollte, eine vorausschauende, mehrjährige Kapazitätsplanung vorzunehmen, müssten für Neuanschlüsse wegen der Auslastung der Kapazitäten unter Umständen neue Leitungen verlegt werden. Für Neuanschlüsse wären mit anderen Worten regelmässig Aufbruch-/Grab-/Tiefbauarbeiten nötig. Unter solchen rechtlichen Rahmenbedingungen könnten die heutigen Qualitätsanforderungen der Grundversorgung nicht mehr erfüllt werden.
- Bei Ereignissen höherer Gewalt (Unwetter, etc.) und bei der Beeinträchtigungen der Funktionstüchtigkeit von Kabelkanalisationen infolge externer, durch die verpflichtete Anbieterin nicht beeinflussbarer Umstände (z.B. Kabelbeschädigung durch Baggararbeiten) ist es zentral, dass schnellstmöglich Ersatzschaltungen bzw. Umleitungen eingerichtet werden

²³ Vgl. etwa BBl 1995 I S. 568 (Botschaft zum Kartellgesetz)

²⁴ Vgl. dazu den erläuternden Bericht des UVEK, S. 21: "... Eigene Ausbau- und Nutzungspläne haben ... gegenüber denjenigen anderer Anbieterinnen keine Priorität, sondern müssen gemäss dem Prinzip der Nichtdiskriminierung gleichwertig behandelt werden wie diejenigen anderer Anbieterinnen."

²⁵ Zugang zu den Kabelkanalisationen muss nur gewährt werden, „sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen“ (vgl. auch Art. 36 Abs. 2 FMG).

können. Art. 50 Abs. 3 des FDV-Entwurfes würde solche *planerischen Notreserven* für ausserordentliche Lagen in Frage stellen. Dies würde aber nicht nur der verpflichteten Anbieterin, sondern letztlich auch anderen Fernmeldedienstanbieterinnen zum Nachteil gereichen (z.B. lange Reparaturzeiten beim vollständig entbündelten Zugang).

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom **Art. 50 Abs. 3 Satz 1 FDV** wie folgt zu formulieren:

³Die marktbeherrschende Anbieterin darf *technische und betrieblich-planerische* Reserven vorsehen, *soweit diese für den Betrieb und Unterhalt sowie für die Ablösung und den Ersatz* ihrer eigenen Anlagen *erforderlich* sind. ...

10.4 Transparenz (Art. 51 des FDV-Entwurfes)

10.4.1 Zu Absatz 2

Die heutige Regelung verlangt die „frühzeitige“ Bekanntgabe von Änderungen des Basisangebots (Art. 44 Abs. 2 FDV), jedoch ohne eine bestimmte Frist vorzuschreiben.

Die heutigen Verträge von Swisscom unterscheiden zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Änderungen. Wesentliche Änderungen und Änderungen zum Nachteil der berechtigten Fernmeldedienstanbieterin sind unter Beachtung der Kündigungsfrist mitzuteilen. Die Kündigungsfrist unterliegt der Vertragsautonomie der Parteien. Es braucht dazu keine Frist in der FDV.

Es sind zudem Anpassungen denkbar (technisches Update, Preise etc), bei denen es für beide Parteien von Vorteil ist, wenn kürzere Anpassungsfristen vereinbart werden. Eine Regelung in der FDV ist deshalb nicht sachgerecht und widerspricht zudem dem Verhandlungsprimat im FMG.

Ferner ist unklar, wozu die zusätzlich vorgeschriebene Mitteilung an das BAKOM dienen soll. Grundsätzlich gilt im Fernmelderecht die Vertragsautonomie. Solange sich die Parteien einig sind, können sie alles vereinbaren, was gesetzlich zulässig ist. Ebenso ist es den Parteien überlassen, innert welcher Frist sie sich über Vertragsänderungen einigen. Das BAKOM ist nicht Vertragspartei. Erst wenn sich die Parteien nicht einig werden und eine Partei ein Verfahren bei der ComCom anhebt, hat das BAKOM die Möglichkeit, sich zu den Verträgen zu äussern, aber auch dann nur im Rahmen der Anträge der Parteien.

Die Einführung einer ex-ante Regulierung wurde im Rahmen der FMG-Revision ausdrücklich verworfen. Die vorgeschlagene Verpflichtung zur vorgängigen Mitteilung von geplanten Anpassungen des Basisangebotes an das BAKOM geht jedoch genau in diese Richtung. Sie widerspricht damit auch der klaren Regelung in Art. 11 Abs. 4 FMG, die lediglich eine nachträgliche Mitteilung von Zugangsvereinbarungen an das BAKOM vorsieht (vgl. dazu auch Art. 64 des FDV-Entwurfes).

10.4.2 Zu Absatz 3

Nach Auffassung von Swisscom ist es grundsätzlich durchaus zweckmässig, gewisse Anfragen bzw. Transaktionen (vor allem bei einer grossen Nachfrage) nach Möglichkeit standardisiert oder gar automatisiert via Online-Abfrage- bzw. Informationstool abzuwickeln. Die in Art. 51 Absatz 3 des FDV-Entwurfes vorgeschlagene Verpflichtung, ein Online System (webgestütztes Order- und Vertragsmanagement-Tool für die Zugangsdienste) zu betreiben, worüber sämtliche geschäftsrelevanten Willensäusserungen im Zusammenhang mit den Zugangsdiensten abgegeben werden könnten, geht jedoch eindeutig zu weit. Sie wäre rechtlich nicht haltbar und in verschiedener Hinsicht unverhältnismässig:

Ein solches Online-System stünde in einem unauflösbaren Widerspruch zu Art. 61 Abs. 1 des FDV-Entwurfes, der für Zugangsvereinbarungen die Schriftform verlangt. Die schriftliche Form gilt damit beispielsweise auch für Kündigungen (vgl. Art. 12 OR). Hinzu kommt, dass bis heute zahlreiche Informationen nicht elektronisch verfügbar sind und deshalb mit immensem personellem und finanziellem Aufwand erst noch erhoben werden müssten (vgl. dazu Ziffer 10.13.2 dieser Stellungnahme). Zudem greift diese Verpflichtung zu einem Online-System auch in unverhältnismässiger Weise in die Vertragsautonomie der Parteien ein. Es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die zugangsberechtigten Fernmeldedienstanbieter

terinnen bereit sein werden, Investitionen auf ihrer Seite zu tätigen, um eine Schnittstelle zum Online-System herzustellen, insbesondere nicht bei den Infrastrukturdiensten. Gegen eine umfassende Offenlegung von Daten in einem Online-System sprechen überdies auch Geheimhaltungsinteressen. So gibt es Informationen, welche dem Geschäftsgeheimnis von Swisscom unterliegen oder - wie die Angaben zu VBS-Kabeln - militärische Geheimnisse darstellen. Eine Schnittstelle, welche den Anforderungen von Art. 51 Abs. 3 des FDV-Entwurfes entspricht, müsste von Swisscom beschafft und erstellt werden. Die Kosten dafür müssten auf die Produkte überwält werden, was zu einer unerwünschten Verteuerung führen würde.

Bereits heute hat Swisscom aber ihr Interkonnectionsangebot online auf der Swisscom Homepage aufgeschaltet. Es ist geplant, dies auch für die neuen Zugangsangebote zu machen.

10.4.3 Zu Absatz 4

Bei den Berechnungsgrundlagen handelt es sich um Geschäftsgeheimnisse, welche Swisscom den anderen Fernmelde-diensteanbieterinnen nicht offen legen muss. Dies wurde in der bisherigen behördlichen und gerichtlichen Praxis ausdrücklich anerkannt. Die Offenlegung der Berechnungsgrundlage gegenüber den Behörden im Rahmen eines Zugangsverfahrens erfordert keine weiteren Vorschriften, da sie gestützt auf Art. 11a Abs. 4 FMG im vorgeschlagenen Anhang 3 zur ComCom-Verordnung geregelt wird.

10.4.4 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, gegenüber dem vorgeschlagenen Art. 51 FDV die folgenden Änderungen vorzunehmen:

Art. 51 Abs. 2 - 4

² Beabsichtigt sie, ihr Basisangebot zu ändern, so muss sie dies den anderen Anbieterinnen ***innert angemessener Frist zum Voraus*** mitteilen.

³ Sie muss die für die jeweilige Zugangsform und die Kollokation notwendigen Informationen den am Zugang interessierten ***Anbieterinnen aktualisiert*** zur Verfügung ***stellen***.

⁴ ***streichen***

10.5 Kostenorientierte Preisgestaltung (Art. 52 des FDV-Entwurfes)

Art. 52 des FDV-Entwurfes ist der für die Festsetzung der Preise der Zugangsdienstleistungen relevante Artikel. In der gesamten Diskussion zum neuen FMG sowie in den bisherigen Verfahren wurde stets der Begriff der „kostenorientierten Preisgestaltung“ verwendet. Weshalb jetzt im Einleitungssatz von Abs. 1 von der „Festsetzung der Dienstleistungspreise im Zugangsbe-reich“ gesprochen wird, ist nicht ersichtlich. Der Begriff der „Dienstleistungspreise“ könnte zu ungerechtfertigten Interpretationsspielräumen bei der Bestimmung kostenorientierter Preise führen.

Der branchenübliche Kapitalertrag nach Abs. 1 Bst. d umfasst die Zinsen für das Fremdkapital und das Eigenkapital. Zur Berücksichtigung des Risikos und der branchenüblichen Verzinsung des eingesetzten Kapitals hat sich der Ansatz der gewichteten, durchschnittlichen Kapitalkosten (Weighted Average Cost of Capital, WACC) als international üblicher Standard durchgesetzt. In den bisherigen Interkonnectionsverfahren wurde dieser Standard auch von allen Anbieterinnen grundsätzlich gutge-heissen. Akzeptiert ist auch die Ermittlung der Eigenkapitalzinsen gemäss dem so genannten Capital Asset Pricing Modell (CAPM).

Da die Kapitalkosten einen erheblichen Anteil an den zu bestimmenden effizienten Kosten der verpflichteten Anbieterin aus-machen, ist Swisscom der Ansicht, dass die bisherige Formulierung des „branchenüblichen Kapitalertrages“ in der revidierten FDV im Sinne der Planungssicherheit zu konkretisieren ist und schlägt daher die Aufnahme der beiden Terme „WACC“ und „CAPM“ in den Verordnungstext vor.

Weiter sollten die Berechnungen des CAPM nach Ansicht von Swisscom jeweils die aktuellen Verhältnisse auf den Kapitalmärkten, die aktuellen Risiken von Unternehmen, die bei der Herleitung der für die Risikobestimmung relevanten Parameter zum Vergleich untersucht werden (sog. „Peer-Group“), sowie die aktuelle Kapitalstruktur der verpflichteten Anbieterin berücksichtigen. Diese Konkretisierung der Herleitung des für die Interkonnektionskosten wichtigen branchenüblichen Kapitalertrages ist aus Gründen der Konsistenz des gesamten Berechnungssystems, in dem die Bestimmung der Kosten zukunftsgerichtet und auf einer möglichst aktuellen Basis zu Wiederbeschaffungskosten (Abs. 2) erfolgen soll, durchaus angemessen²⁶.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, den vorgeschlagenen Art. 52 Abs. 1 d FDV wie folgt zu ändern:

Art. 52 Abs. 1 Einleitungssatz und Abs. 1bis (neu)

¹ Die Festsetzung der *kostenorientierten Preise für die in Artikel 11 FMG genannten Zugangsdienste* beruht auf folgenden Faktoren: ...

²⁶ Im Übrigen haben auch andere Regulierungsbehörden die Herleitung und Ausgestaltung des Kapitalertrages konkretisiert. So finden sich bspw. im revidierten deutschen Telekommunikationsgesetz seit 2004 vergleichbare Formulierungen, die insbesondere die zukünftigen Entwicklungen an den Kapitalmärkten und die Bewertung des regulierten Unternehmens auf diesen Märkten neben Fragen der langfristigen Stabilität zu berücksichtigen haben.

^{1bis} Der branchenübliche Kapitalertrag nach Absatz 1 Buchstabe d beruht auf dem Konzept des Weighted Average Cost of Capital (WACC). Die dafür benötigten Eigenkapitalkosten werden mit dem Capital Asset Pricing Modell (CAPM) ermittelt. Bei der Berechnung des branchenüblichen Kapitalertrags werden insbesondere die folgenden Faktoren berücksichtigt:

- a. die aktuellen Verhältnisse auf den Kapitalmärkten;*
- b. die aktuellen Risiken und Bewertungen von vergleichbaren Unternehmen;*
- c. die aktuelle Kapitalstruktur der verpflichteten Anbieterin.*

10.6 Schnittstellen (Art. 53 des FDV-Entwurfes)

Mit Art. 53 Abs. 4 des FDV-Entwurfes soll im Bereich der Schnittstellen der marktbeherrschenden Anbieterin das Nichtdiskriminierungsgebot konkretisiert werden. Wie in Ziffer 11.3 dieser Stellungnahme ausgeführt, sind bei der Anwendung dieses Gebots im Fernmelderecht wie im Kartellrecht „legitime Geschäftsinteressen“ zu berücksichtigen.

Es ist offensichtlich, dass eine vertikal integrierte Unternehmung für interne Bedürfnisse andere Schnittstellen verwenden muss, als sie extern anbietet. Wenn nun aber externe Kunden nicht über mindestens dieselben Schnittstellen verfügen, wie sie für interne Zwecke benötigt werden, bedeutet dies nicht per se eine Diskriminierung von Geschäftspartnern, welche sie im Wettbewerb benachteiligt. Die Vorgabe von Art. 53 Abs. 4 des FDV-Entwurfes würde demgegenüber legitime Geschäftsinteressen missachten und eine effiziente Betriebsführung und optimierte Prozessabläufe innerhalb eines vertikal integrierten Unternehmens verunmöglichen.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom die ersatzlose Streichung von Art. 53 Abs. 4 FDV.

10.7 Kollokation (Art. 1 und 54 des FDV-Entwurfes)

10.7.1 Gesetzliche Grundlage

Art. 11 Abs. 1 FMG bildet die gesetzliche Grundlage für die Verpflichtung der marktbeherrschenden Anbieterin zum Angebot des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, des schnellen Bitstrom-Zugangs, des Verrechnens von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes, der Interkonnektion, der Mietleitungen und des Zugangs zu Kabelkanalisationen. Diese Aufzählung ist abschliessend (vgl. Ziffer 10.1 dieser Stellungnahme). Die Verpflichtung in Art. 54 Abs. 1 des FDV-Entwurfes, wonach die marktbeherrschende Anbieterin an allen für den Zugang erforderlichen Standorten physische Kollokation anbieten muss, findet demnach im Fernmeldegesetz keine Stütze. Grundsätzlich fehlt damit einer Regulierung der Kollokation als eigenständiges Produkt, wie sie in Art. 54 des FDV-Entwurfes vorgesehen wird, die gesetzliche Grundlage. Die Regulierung der Kollokation ist gegenüber einer marktbeherrschenden Anbieterin dann gerechtfertigt, wenn die Kollokation für die Nutzung der im Gesetz vorgesehenen Produkte unabdingbar ist. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Zwangsvermietung von Fläche findet im Fernmeldegesetz keine Grundlage.

Die Kollokation kann sachlogisch nur am physischen Übergabepunkt bestimmter Zugangsformen gewährt werden. Da dieser Übergabepunkt beim vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, beim Bitstrom-Zugang und bei den Mietleitungen nach ausdrücklicher Meinung des Gesetzgebers in der Anschlusszentrale, d.h. am Standort des Hauptverteilers, liegt, bleibt für die Kollokation im Kabelschacht, im Kabelverzweiger oder an einem Konzentratorenstandort, wie sie im erläuternden Bericht des UVEK erwähnt wird, kein Raum. Demzufolge kann Zugang – und damit einhergehend Kollokation – eben nicht an jedem erdenklichen Standort verlangt werden, sondern nur an denjenigen Orten, welche der Gesetzgeber als Übergabepunkte definiert hat. In Anbetracht der langen und detaillierten parlamentarischen Diskussion über den Übergabepunkt beim Bitstrom-Zugang würden weitergehende Forderungen den gesetzgeberischen Willen missachten.

Die Verpflichtung zur Bereitstellung der Kollokation darf daher einzig dazu dienen, anderen Anbieterinnen die Nutzung der in Art. 11 Abs. 1 FMG abschliessend genannten Leistungen der marktbeherrschenden Anbieterin zu ermöglichen. Weitergehende Leistungs- und Duldungspflichten verfügen somit über keine gesetzliche Grundlage. Die marktbeherrschende Anbieterin kann daher nicht verpflichtet werden, ihre Räumlichkeiten zu etwas anderem als zum Zwecke des Zugangs zu ihren Leistungen nach Art. 11 Abs. 1 FMG herzugeben. Insbesondere besteht keine Verpflichtung, anderen Anbieterinnen die gegenseitige Zusammenschaltung in ihren Räumlichkeiten zu erlauben (Art. 54 Abs. 2 Bst. c des FDV-Entwurfes) oder ihnen die virtuelle Kollokation zu ermöglichen (Art. 54 Abs. 2 Bst. d des FDV-Entwurfes).

10.7.2 Art und Weise der Kollokation; Zutritt

Die Standorte, an denen potentiell Zugang gewährt werden muss, befinden sich baulich in einem sehr unterschiedlichen Zustand. An vielen Orten kann keine räumlich abgetrennte Kollokation angeboten werden oder eine solche liesse sich nur mit unverhältnismässigem Aufwand realisieren. Die Fernmeldedienstanbieterinnen liefern sich einen intensiven Wettbewerb. Der verpflichteten Anbieterin kann es deshalb nicht zugemutet werden, einer Konkurrentin unbeaufsichtigten Zugang zu ihren Anlagen zu gewähren. Damit würde sie in die Lage versetzt, dass sie zwar gegenüber ihren Endkunden und den Behörden für die Qualität der von ihr erbrachten Fernmeldedienste und damit das Funktionieren ihrer Anlagen verantwortlich wäre, aber gleichzeitig nicht bestimmen könnte, wer Zugang zu diesen Anlagen hätte. Der FDV-Entwurf beantwortet insbesondere auch die Frage nicht, wie unter diesen Umständen an den vom VBS genutzten Standorten die Interessen der Landesverteidigung und der militärischen Geheimhaltung gewahrt werden sollen.

Aus diesen Gründen scheidet der unbegleitete Zutritt als Standardlösung aus. Voraussetzung dafür wäre die Möglichkeit, die von der marktbeherrschenden Anbieterin genutzte Technikfläche von denjenigen Räumlichkeiten zu trennen, welche die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen für den Zutritt und die Kollokation benötigen. Diese Möglichkeit ist aber bei einer Vielzahl von Standorten, unter anderem wegen der räumlichen Verhältnisse, nicht gegeben. An denjenigen Standorten, an denen die räumlichen Voraussetzungen für einen unbegleiteten Zugang grundsätzlich gegeben wären, würden die baulichen Massnahmen und vor allem die Einführung und Verwaltung eines geeigneten Schliesssystems hohe Kosten verursachen, die von den Kollokationsnachfragerinnen zu tragen wären. Die Anschlusszentralen sind für den Betrieb des Netzes von zentraler Bedeutung. Sie dürfen durch die Gewährung des unbegleiteten Zutritts nicht quasi zu einem allgemein zugänglichen Ort verkommen, welcher der Kontrolle der verpflichteten Anbieterin völlig entzogen wird. Dadurch würden nicht nur Eigentums- und Geschäftsinteressen verletzt, sondern auch die Versorgungssicherheit gefährdet.

Problematisch wäre ferner eine allgemeine Verpflichtung, anderen Fernmeldedienstanbieterinnen den Zugang zu Richtfunkanlagen bzw. deren Errichtung zu ermöglichen (Art. 54 Abs. 2 Bst. b des FDV-Entwurfes). Neben der Bereitstellung von Dachfläche würde dies Steigzonen im Gebäude selbst und den Bau von Masten bedingen. Für den Zugang gemäss Art. 11 FMG ist die Verbindung über Richtfunk grundsätzlich nicht erforderlich. Hingegen würden die Auflagen nach Art. 54 Abs. 2 Bst. b des FDV-Entwurfes die verpflichtete Anbieterin erheblich belasten und wären unverhältnismässig.

An manchen Standorten wird mangels vorhandener Fläche weder die physische noch die offene Kollokation möglich sein. Die Bereitstellung neuer Räumlichkeiten ist in der Praxis jedoch oft unmöglich oder würde wegen nicht oder zu spät erteilter Baubewilligungen scheitern. In solchen Fällen können aber die Aufstellung von Anschlusskästen oder ähnliche Massnahmen geeignet sein, um trotz knapper Ressourcen Zugang zu gewähren. Da die mögliche Lösung jedoch stark von den Besonderheiten des einzelnen Standortes abhängt, sind allgemeine Vorschriften auf Verordnungsstufe nicht zweckmässig. Die konkrete Ausgestaltung muss vielmehr den Parteien überlassen bleiben.

10.7.3 Virtuelle Kollokation

Die in Art. 1 Bst. f des FDV-Entwurfes definierte virtuelle Kollokation widerspricht der Konzeption des revidierten Fernmeldegesetzes. Im erläuternden Bericht des UVEK (S. 23) heisst es zur virtuellen Kollokation, dass dabei keine physische Präsenz eigener Anlagen vor Ort benötigt werde und damit erreicht werden solle, dass *„nicht jede Anbieterin jeden Standort selbst physisch erschliessen und vor Ort eigene Anlagen betreiben muss, um ein gut ausgebautes Angebot unterhalten zu können“*.

Dies bedeutet nichts anderes, als dass wegen der Möglichkeit der virtuellen Kollokation andere Anbieterinnen auf Investitionen im Anschlussnetz ganz verzichten könnten. Dies widerspricht aber dem klaren Willen des Gesetzgebers. Mit der Konzeption des Zugangs, welcher nur den vollständig entbündelten Zugang zum Kupferanschlussnetz als unbefristete Lösung vorsieht (Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG), den schnellen Bitstrom-Zugang hingegen auf vier Jahre beschränkt (Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG), hat der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, dass die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen spätestens nach einer Übergangsfrist in eigene Infrastrukturen investieren sollen. Die virtuelle Kollokation würde es ihnen dagegen erlauben, vom Zugang ohne eigene Präsenz in den jeweiligen Anschlussnetzen und damit ohne jegliche Infrastrukturinvestitionen zu profitieren. Dank der virtuellen Kollokation könnte eine Fernmeldedienstanbieterin im Extremfall die gesamte Schweiz praktisch ohne eigene Investitionen erschliessen. Dies würde der beschriebenen Konzeption des Zugangs im FMG diametral entgegenlaufen.

10.7.4 Freigabe nicht genutzter Fläche

Es ist tatsächlich denkbar, dass eine Fernmeldedienstanbieterin nur beschränkt verfügbare Kollokationsräumlichkeiten missbräuchlich für sich horten würde. Davon betroffen wären aber nicht nur andere berechnete Fernmeldedienstanbieterinnen, welche die Fläche für den Zugang benötigen, sondern auch die marktbeherrschende Anbieterin, welche die Fläche wieder selbst nutzen möchte oder sie anderen Fernmeldedienstanbieterinnen, die einen echten Bedarf haben, zur Verfügung stellen könnte. Auslöser und Kriterium für die Verpflichtung, Fläche freizugeben, muss daher weniger Platzmangel als vielmehr der konkrete Bedarf einer Anbieterin sein.

10.7.5 Eigentumsverhältnisse und Änderungsverbot

Das in Art. 54 Abs. 5 des FDV-Entwurfes vorgesehene Verbot, ohne Zustimmung der nachfragenden Fernmeldedienstanbieterin keine Änderungen vornehmen zu dürfen, und die Verpflichtung, solche Änderungen mindestens 24 Monate im Voraus detailliert anzukündigen, übersieht, dass die verpflichtete Anbieterin oft nicht Eigentümerin der genutzten Fläche ist. Dort, wo sie aber nur Mieterin ist, sind ihre Einflussmöglichkeiten auf Gestaltung und Nutzung der Räumlichkeiten jedoch eingeschränkt, z.B. durch Verbote der Untervermietung oder baulicher Veränderungen. In diesen Fällen würden die Auflagen von Art. 54 Abs. 5 des FDV-Entwurfes in erster Linie die Eigentümerin treffen. Es steht jedoch ausser Zweifel, dass dafür keine gesetzliche Grundlage besteht, da die Fernmeldegesetzgebung einen Immobilieneigentümer, der nicht selber Anbieter von Fernmeldediensten ist, weder zu einem Tun noch zu Unterlassungen verpflichten kann.

Aber auch in denjenigen Fällen, in denen die verpflichtete Anbieterin selber Eigentümerin der jeweiligen Räumlichkeiten ist, wäre die Vorschrift, wonach sie ohne Zustimmung der anderen Anbieterin an ihrem Eigentum keine Veränderungen mehr vornehmen darf (Art. 54 Abs. 5 des FDV-Entwurfes), ein völlig unverhältnismässiger Eigentumseingriff. Die Kollokation wird zwischen den Parteien auf vertraglicher Basis vereinbart. In einer solchen vertraglichen Vereinbarung werden selbstverständlich auch Fragen wie Zustimmungserfordernisse oder Ankündigungsfristen geregelt. Entsprechende Vorschriften auf Verordnungsstufe sind deshalb nicht erforderlich.

10.7.6 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 1 Bst. d – f und 54 FDV wie folgt zu formulieren:

Art. 1 Bst. d – f

In dieser Verordnung bedeuten:

- d. **Kollokation:** Nutzung eines Standortes einer Anbieterin von Fernmeldediensten durch eine andere Anbieterin, die dort Anlagen installiert und betreibt;
- e. **streichen**

f. *streichen*

Art. 54

¹ Die marktbeherrschende Anbieterin muss anderen Anbieterinnen *im Zusammenhang mit dem vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss gemäss Artikel 55, dem schnellen Bitstrom-Zugang gemäss Artikel 56, der Interkonnektion gemäss Artikel 58 und den Mietleitungen gemäss Artikel 59* Kollokation anbieten, *sofern diese für den Zugang erforderlich ist. Der Zutritt erfolgt begleitet und muss jederzeit gewährleistet sein.*

² Die marktbeherrschende Anbieterin ermöglicht an ihren Standorten anderen Anbieterinnen *die* Zusammenschaltung verschiedener Zugangsformen und deren Zuführung zu den *Kollokationsräumen*.

³ Die marktbeherrschende Anbieterin muss bei Platzknappheit und bei Bedarf den an den Kollokationsstandorten vorhandenen Raum optimal nutzen beziehungsweise nutzen lassen oder zusätzlichen Kollokationsraum bereitstellen. *Wo Kollokation nicht möglich ist, muss sie den betroffenen Anbieterinnen ermöglichen*, in angrenzenden oder örtlich nahe liegenden Räumen oder Gebäuden ihre Anlagen zu installieren und zu betreiben und diese mit dem Netz der marktbeherrschenden Anbieterin zu *verbinden*.

⁴ Beanspruchte, aber während mindestens drei Monaten nicht benutzte Kollokationsfläche muss bei *Bedarf* sofort für *die marktbeherrschende Anbieterin oder Dritte* freigegeben werden.

⁵ Nach Aufgabe der Bestellung darf die marktbeherrschende Anbieterin keine *wesentliche* technische Änderung an der Kollokationsdienstleistung zu Ungunsten der nachfragenden Anbieterin vornehmen, *ohne die* geplanten Änderungen *innert angemessener Frist zum Voraus angekündigt* zu haben.

10.8 Vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss (Art. 55)

10.8.1 Kein „subloop unbundling“ (Abs. 1)

Wie in Ziffer 10.1 dieser Stellungnahme festgehalten, enthält Art. 11 Abs. 1 FMG eine abschliessende Aufzählung der Zugangsformen. In Art. 55 Abs. 1 Bst. a des FDV-Entwurfes wird nun aber mit dem blossen Einschub des Textteils „*bzw. des Teilabschnitts*“ ohne jegliche Begründung im erläuternden Bericht versucht, die vom Gesetzgeber beschlossene Verpflichtung zur vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses auf das so genannte „subloop unbundling“ auszudehnen. Beim „subloop unbundling“ handelt es sich aber zweifellos um eine weitere bzw. neue Zugangsform, die in Art. 11 Abs. 1 FMG nicht vorgesehen ist und die deshalb auf Verordnungsstufe nicht eingeführt werden darf.

Der Zugang zu einem Teilabschnitt des Teilnehmeranschlusses lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass der Verordnungsgeber über die Kompetenz verfüge, den physischen Übergabepunkt zu definieren. Der Gesetzgeber hat im Laufe der parlamentarischen Beratungen nämlich nicht nur die Zugangsformen selber, sondern auch deren grundsätzliche Ausgestaltung beraten und festgelegt. Bekanntlich war der Übergabepunkt beim Bitstrom-Zugang ein lang diskutierter Streitpunkt zwischen den Räten. Beim vollständig entbündelten Zugang gab der Übergabepunkt jedoch zu keinerlei Diskussionen Anlass. Herr Ständerat Büttiker hielt in seinem Votum am 7. Juni 2005 vielmehr fest (*Hervorhebung* eingefügt):

„Mit vollständig entbündelten Leitungen arbeitet man eben nur dort, wo genügend Kunden sind. Sonst lohnt es sich weder für den Anbieter noch aus volkswirtschaftlichen Überlegungen. Es ist wirklich nicht sinnvoll, für zwei, drei Kunden eine Zentrale mit einer eigenen Glasfaserleitung anzuspiesen und mit eigener Elektronik auszurüsten. In der Schweiz gibt es etwa 1400 solche Anschlusszentralen oder Hauptverteiler, ich glaube, es sind ganz genau 1320. Herr Gentil, das wird für die alternativen Anbieter viel zu teuer.“²⁷

Im Anschluss daran führte Herr Bundesrat Leuenberger zu dieser Frage aus:

²⁷ AB 2005 S. 522; vgl. auch Votum SR Hofmann vom 7.6.05, AB 2005 S. 511

„Beim vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss muss der Wettbewerber die vorhandene Leitung des Teilnehmeranschlusses mit eigener Elektronik ausrüsten und seine eigenen Leitungen bis zu diesem Anschluss beim Hauptverteiler - häufig in der alten Ortszentrale - hin selbst bauen.“²⁸

Insbesondere aufgrund dieser bundesrätlichen Aussage steht zweifelsfrei fest, dass der physische Übergabepunkt beim vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in der Anschlusszentrale liegt. Für die Festlegung eines Übergabepunktes auf einem Teilstück des Teilnehmeranschlusses fehlt dem Verordnungsgeber die Kompetenz, wäre doch damit eine weiter gehende Entbündelung nötig, welche der Gesetzgeber nicht beschlossen hat.

Der Einschub „bzw. des Teilschnitts“ ist deshalb in Art. 55 Abs. 1 Bst. a FDV zu streichen und in Art. 55 Abs. 1 Bst. c FDV ist klarzustellen, dass es im vorliegenden Zusammenhang nicht um den physischen Zugang zu „Verteilerr“, sondern nur um den Zugang zu „Hauptverteiler“ geht.

10.8.2 Änderungsverbot (Abs. 2)

Art. 55 Abs. 2 des FDV-Entwurfes bestimmt, dass die marktbeherrschende Anbieterin Änderungen am Teilnehmeranschluss, der nach wie vor in ihrem Eigentum steht, nicht mehr ohne die Zustimmung der anderen Anbieterin vornehmen darf. Da die Zustimmung und die Vorankündigung kumulativ als Voraussetzungen für eine Änderung vorliegen müssen, hätte die marktbeherrschende Anbieterin keinerlei Möglichkeiten, Änderungen an ihrem Eigentum gegenüber der anderen Anbieterin durchzusetzen. Dies ist ein unverhältnismässiger Eingriff, da er das Eigentum über die im Gesetz vorgeschriebene Zwangsvermietung hinaus unnötig einschränkt. Der marktbeherrschenden Anbieterin muss es möglich sein, ihr Eigentum zu erhalten, zu modernisieren und dem Stand der Technik anzupassen. Zudem muss sie dazu auch aus Effizienz- und Kostengründen in der Lage sein, dies überall zur gleichen Zeit und im gleichen Umfang zu tun. Es darf nicht sein, dass der Netzausbau wegen fehlender oder verzögerter Zustimmung zu einem „Flickenteppich“ verkommt. Dies wäre aber der Fall, wenn die marktbeherrschende Anbieterin Anlagen, die sie selber nutzt oder die von zustimmenden Anbieterinnen benutzt werden, zwar modifizieren könnte, Anlagen, die von sich weigernden Anbieterinnen benutzt würden, aber im alten Zustand belassen müsste. Letztlich wird eine befriedigende Lösung einzig in einer vertraglichen Regelung zwischen den betroffenen Parteien zu finden sein. Von einem generellen Zustimmungserfordernis ist daher abzusehen.

Eine Frist von 24 Monaten ist im schnelllebigen Telekommunikationssektor eine sehr lange Zeitspanne. Notwendige Anpassungen lassen sich unmöglich derart lange im Voraus detailliert vorhersehen. Die Erfahrung lehrt, dass Massnahmen, die vor 24 Monaten als nötig erachtet wurden, heute längstens technisch überholt sind. Andererseits dürfte eine Massnahme, welche heute realisiert werden sollte, einzig deshalb nicht umgesetzt werden, weil sie nicht vor 24 Monaten angekündigt wurde. Eine derart lange Ankündigungsfrist würde de facto ein Änderungsverbot bedeuten, was nicht nur stark innovationshemmend, sondern auch unverhältnismässig wäre, da sie eine rasche Reaktion auf technische Veränderungen verunmöglichen würde. Für eine solche Einschränkung fehlt aber die gesetzliche Grundlage. Sachgerecht wäre deshalb einzig eine dem konkreten Fall angemessene, nicht jedoch die Einhaltung einer starren und übermässigen langen Ankündigungs- resp. Anpassungsfrist. Eine solche Lösung trägt auch dem Umstand Rechnung, dass auch kurze Anpassungsfristen z.B. für technisches Updates von Vorteil für beide Parteien sein können.

10.8.3 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 55 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 55 Abs. 1 Bst. a und c sowie Abs. 2

¹ Das Basisangebot der marktbeherrschenden Anbieterin umfasst die technischen und kommerziellen Bedingungen im Zusammenhang mit dem vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und insbesondere:

²⁸ AB 2005 S. 523

- a. Modalitäten für die Nutzung der **vollständig** entbündelten Teilnehmeranschlussleitung (*physische Verbindung zwischen Hausanschluss und Hauptverteiler mit der Doppelader-Metalleitung*), ohne vorgeschaltete Übertragungs- oder Vermittlungstechnik;
- c. Spezifikationen des physischen Zugangs *zum Hauptverteiler (physischer Standort, an welchem die Doppelader-Metalleitung der Endkundin oder des Endkunden endet)*.

² Nach Aufgabe der Bestellung darf die marktbeherrschende Anbieterin keine *wesentliche* technische Änderung am Teilnehmeranschluss zu Ungunsten der nachfragenden Anbieterin vornehmen, *ohne die* geplanten Änderungen *innert angemessener Frist zum Voraus angekündigt* zu haben.

10.9 Schneller Bitstrom-Zugang (Art. 56 des FDV-Entwurfes)

Verschiedene technische Vorkommnisse führen regelmässig zu kurzen Unterbrüchen der Bitstromverbindung. Dazu gehören etwa ein Wechsel der verwendeten Bitstrom-Anschlusstechnologie oder ein Wechsel des verwendeten Serviceprofils. Solche Unterbrüche müssen zulässig sein. In Art. 56 Abs. 2 Satz 2 FDV sollte deshalb nur das (endgültige) Abstellen der Bitstromverbindung verboten werden.

Im Zusammenhang mit dem schnellen Bitstrom-Zugang hat der Gesetzgeber gewisse Einschränkungen gemacht, welche in der Verordnung zur Gewährleistung der Rechts- und Planungssicherheit sowie zur Vermeidung von Verfahren einer gewissen Konkretisierung bedürfen. Im Vordergrund steht dabei die zeitliche Befristung für die Nutzung des Angebots. Das Medium (die Doppelader-Metalleitung) sowie der Übergabepunkt (die Anschlusszentrale) für den schnellen Bitstrom-Zugang sind hingegen im FMG selber klar geregelt (Art. 3 Bst. d^{er} FMG).

Was das Änderungsverbot in Art. 56 Abs. 3 des FDV-Entwurfes anbelangt, kann auf die Ausführungen in Ziffer 10.8.2 dieser Stellungnahme verwiesen werden.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 56 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 56 Abs. 2, Abs. 2bis (neu) und Abs. 3

² Die marktbeherrschende Anbieterin muss den schnellen Bitstrom-Zugang unabhängig davon anbieten, ob die *Endkundin* oder der *Endkunde* ihren Sprachtelefoniedienst in Anspruch nimmt. Sie darf den schnellen Bitstrom-Zugang nicht *abstellen*, wenn die *Endkundin* oder der *Endkunde* nur ihren Sprachtelefoniedienst kündigt.

^{2bis} *Die marktbeherrschende Anbieterin kann die für eine andere Fernmeldedienstanbieterin bereitgestellte schnelle Bitstrom Verbindung vier Jahre nach Inbetriebnahme ohne weiteres abstellen.*

³ Nach Aufgabe der Bestellung darf die marktbeherrschende Anbieterin keine *wesentliche* technische Änderung an der schnellen Bitstrom-Zugangsverbindung zu Ungunsten der nachfragenden Anbieterin vornehmen, *ohne die* geplanten Änderungen *innert angemessener Frist zum Voraus angekündigt* zu haben.

10.10 Verrechnen des Teilnehmeranschlusses (Art. 57 des FDV-Entwurfes)

10.10.1 Kosten der Verrechnung

Grundsätzlich ist es richtig, bei der kostenorientierten Preisgestaltung im Zusammenhang mit den zu verrechnenden Preisen des Teilnehmeranschlusses ein anderes Vorgehen zu wählen als bei den anderen Zugangsprodukten. Dies liegt darin begründet, dass hier anders als bei den übrigen Produkten nicht die Berechnungsmethode der Preise für die Erbringung eines Fernmeldedienstes oder für den Zugang festgelegt wird, sondern lediglich für die Verrechnung. Der Preis des Teilnehmeranschlusses, wie er von der marktbeherrschenden Anbieterin auf dem Endkundenmarkt angeboten wird, stellt also richtigerweise einen fixen Wert dar, der nicht den Bestimmungen zur kostenorientierten Preisgestaltung unterliegt. Mit dem Bekenntnis zu

diesem Grundsatz nimmt der Ordnungsgeber die ihm in Art. 11 Abs. 3 FMG übertragene Kompetenz wahr, die Einzelheiten der kostenorientierten Preisgestaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG zu regeln.

Gestützt auf Art. 11 Abs. 3 FMG besteht jedoch keine Befugnis, bei einem in Art. 11 Abs. 1 FMG genannten Produkt von der dort eindeutig gesetzlich festgelegten kostenorientierten Preisgestaltung abzuweichen. Genau dies wäre aber der Fall, wenn zwar Kosten, die der verpflichteten Anbieterin aufgrund der Verrechnung nicht entstehen, abgezogen würden, jedoch diejenigen Kosten, die durch die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses zusätzlich entstehen, bei der Preisgestaltung unberücksichtigt blieben. Entstehen der verpflichteten Anbieterin adäquat kausale Kosten, weil sie anderen Anbieterinnen die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses gewähren muss, handelt es sich dabei um Wholesalekosten, auf deren Abgeltung sie gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG einen Anspruch hat. Über diesen gesetzlichen Anspruch kann sich der Ordnungsgeber nicht hinwegsetzen. Die Abweichung gegenüber der allgemeinen kostenorientierten Preisgestaltung in Art. 52 FDV kann sich mit anderen Worten nur auf die zu verrechnenden Endkundenpreise beziehen, nicht jedoch auf Leistungen wie die Bereitstellung, Änderung und Aufhebung des Verrechnungsmerkmals. Dabei handelt es sich um Wholesaleleistungen, die auf der Endkundenebene keine Entsprechung haben und für deren Abgeltung Art. 52 FDV ohne Einschränkungen Anwendung finden muss.

Unter den Einsparungen sind nur diejenigen Kosten zu subsumieren, die bei der marktbeherrschenden Anbieterin auch tatsächlich nicht entstehen, weil sie den Teilnehmeranschluss den Endkunden nicht selber in Rechnung stellen muss. Jeder darüber hinausgehender Abzug würde der Konzeption und der Logik der Preisbestimmung von Art. 57 des FDV-Entwurfes widersprechen und zu falschen Ergebnissen führen.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 57 Abs. 2 FDV wie folgt zu formulieren:

² In Abweichung von Artikel 52 *wird der* tatsächlich von der marktbeherrschenden Anbieterin *verlangte* Teilnehmeranschlusspreis *antellig um diejenigen Kosten reduziert, welche die marktbeherrschende Anbieterin nicht hat, weil sie den Teilnehmeranschluss diesen Endkundinnen und Endkunden nicht in Rechnung stellt und um diejenigen Kosten erhöht, die durch die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses an die andere Anbieterin entstehen. Im Übrigen kommt für die Leistungen der marktbeherrschenden Anbieterin Artikel 52 ohne Einschränkungen zur Anwendung.*

10.11 Interkonnektion (Art. 58 des FDV-Entwurfes)

In konstanter Rechtsprechung hat das Bundesgericht die Interkonnektionspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG inhaltlich auf den öffentlichen Telefondienst beschränkt²⁹. Mit der Regelung des Zugangs im revidierten Art. 11 FMG wurde diese inhaltliche Beschränkung gesetzlich verankert. Da somit gestützt auf Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG nur Interkonnektion im Bereich des öffentlichen Telefondienstes gewährt werden muss, können die Absätze 1 und 2 von Art. 58 FDV zusammengefasst und bei dieser Gelegenheit redaktionell angepasst werden. Der Klarheit halber sollte überdies auf die Interkonnektion gemäss Art. 11 FMG verwiesen werden.

Die heutigen Verträge von Swisscom unterscheiden nach wesentlichen und nicht wesentlichen Änderungen. Wesentliche Änderungen und Änderungen zum Nachteil der zur Interkonnektion berechtigten Fernmeldediensteanbieterin sind nach normalem Vertragsrecht unter Beachtung der Kündigungsfrist mitzuteilen. Die Kündigungsfrist unterliegt der Vertragshoheit und ist zwischen den Parteien zu vereinbaren. Es braucht dazu keine Frist in der FDV.

Was das Änderungsverbot in Art. 58 Abs. 4 des FDV-Entwurfes anbelangt, kann auf die Ausführungen in Ziffer 10.8.2 dieser Stellungnahme verwiesen werden.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 58 FDV wie folgt zu formulieren:

Art. 58 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4

²⁹ Commcare-Entscheidung vom 3. Oktober 2001, Commcare AG Communications & Networks gegen Swisscom AG und ComCom betreffend Interkonnektion, 2A.503/2000 und 2A/505/2000; BGE 131 II 13; BGE 132 II 47; Entscheidung vom 22. November 2005 i.S. TDC Switzerland AG gegen Swisscom Fixnet AG und ComCom betr. Interkonnektion / Gesuch um Mietleitungen (2A.234/2005).

¹ Das Basisangebot der marktbeherrschenden Anbieterin **des öffentlichen Telefondienstes** umfasst die technischen und kommerziellen Bedingungen in Zusammenhang mit den Interkonnektionsdiensten **gemäss Artikel 11 FMG**. Dazu gehören insbesondere:

- a. die Beschreibung aller Standard-Interkonnektionspunkte und die Zugangsbedingungen, wenn die Nachfragerin die Interkonnektionsverbindungen selber erstellen oder dies der Anbieterin überlassen will;
- b. **die** Beschreibung der verwendeten Interkonnektionsschnittstellen und Signalisierungsprotokolle;
- c. **die** Erzeugung, **die** Terminierung und **der** Transit der Verbindungen;
- d. **die** Identifikation des anrufenden Anschlusses **und die Identifikation des verbundenen Anschlusses sowie die** Unterdrückung der Identifikation des anrufenden Anschlusses **und die** Unterdrückung der Identifikation des verbundenen Anschlusses;
- e. **der** Zugang zu den Mehrwertdiensten 08xx und 09xx;
- f. die physische Verbindung von Fernmeldeanlagen verschiedener Anbieterinnen, die für die Verbindung von Diensten notwendig ist

² **streichen**

⁴ Nach Aufgabe der Bestellung darf die marktbeherrschende Anbieterin keine **wesentlichen** technische Änderung an der Interkonnektionsdienstleistung zu Ungunsten der nachfragenden Anbieterin vornehmen, **ohne die** geplanten Änderungen **innert angemessener Frist zum Voraus angekündigt** zu haben.

10.12 Mietleitungen (Art. 59 des FDV-Entwurfes)

Der in Art. 59 Abs. 1 Bst. b des FDV-Entwurfes verwendete Begriff der „Leistungsanforderungen“ ist zu unbestimmt und wäre – sofern er beibehalten werden soll – zu konkretisieren. Allgemein wäre es aus Sicht von Swisscom in diesem Zusammenhang ausreichend, die Berücksichtigung der ETSI-/ITU-T-Empfehlungen/Standards zu verlangen.

Was das Änderungsverbot in Art. 59 Abs. 2 des FDV-Entwurfes anbelangt, kann auf die Ausführungen in Ziffer 10.8.2 dieser Stellungnahme verwiesen werden.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 59 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 59 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2

¹ Das Basisangebot der marktbeherrschenden Anbieterin umfasst die technischen und kommerziellen Bedingungen im Zusammenhang mit den Mietleitungen und insbesondere:

- b. technische **Spezifikationen für** die Zugangs- und Terminierungspunkte.

² Nach Aufgabe der Bestellung darf die marktbeherrschende Anbieterin keine **wesentlichen** technische Änderung an der Mietleitung zu Ungunsten der nachfragenden Anbieterin vornehmen, **ohne die** geplanten Änderungen **innert angemessener Frist zum Voraus angekündigt** zu haben.

10.13 Zugang zu den Kabelkanalisationen (Art. 60 des FDV-Entwurfes)

10.13.1 Zu Absatz 1

Der Zugang zu Kabelkanalisationen beinhaltet weder ein Zusammenschalten von Fernmeldediensten noch eine Verbindung von Fernmeldenetzen, sondern lediglich eine Gebrauchsüberlassung von Rohrkapazitäten in Kabelkanalisationen, welche zwei bestimmte geografische Punkte verbinden. Nur unter der Voraussetzung, dass „ausreichende Kapazität“ verfügbar ist,

besteht eine Verpflichtung der marktbeherrschenden Anbieterin, anderen Fernmeldedienstanbieterinnen Zugang zu den Kabelkanalisationen zu gewähren (Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG). Für diese Zugangsform ist es indessen nicht wesentlich und erforderlich, dass die verpflichtete Anbieterin auch die „*Verlegung*“ der Kabel (Kabeleinzug) sowie den „*Unterhalt*“ der sich im Eigentum der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen befindenden Kabel übernimmt. Für die Verpflichtung zu solchen nachgelagerten, auf dem eigentlichen Zugangsprodukt „Kabelkanalisationen“ aufbauende Leistungen besteht weder ein ausgewiesenes Bedürfnis noch eine genügende gesetzliche Grundlage. Im Übrigen kann darauf hingewiesen werden, dass solche Dienstleistungen von diversen darauf spezialisierten Tiefbau-, Kabelzug- oder Montageunternehmungen angeboten werden.

10.13.2 Zu Absatz 2

Wie bereits in Ziffer 10.4.2 allgemein ausgeführt, erachtet es Swisscom zwar grundsätzlich als zweckmässig, gewisse Anfragen bzw. Transaktionen nach Möglichkeit standardisiert oder gar automatisiert via Online-Abfrage- bzw. Informationstool abzuwickeln. Die vorgeschlagene Verpflichtung, ein umfassendes Online-System im Sinne eines webgestützten Order- und Vertragsmanagement-Tools zu betreiben, geht indessen zu weit. Zahlreiche dafür erforderliche Informationen werden nicht in elektronischer Form erfasst, sondern müssten zuerst im Rahmen eines mehrjährigen Projektes mit grossem personellem und finanziellem Aufwand erhoben werden.

Dies würde insbesondere für Angaben betreffend „*genutzte und noch verfügbare Kapazitäten*“ zutreffen (Art. 60 Abs. 2 Bst. b des FDV-Entwurfes). Swisscom stellt zwar als landesweite Festnetzbetreiberin Personen, die ein Interesse nachweisen können (z.B. bauwillige Grundeigentümer, Architekten oder Tiefbauunternehmungen) über die Applikation „Maponline“⁴⁰ ein Informations- und Abfragetool betreffend den Verlauf ihrer Leitungen (inkl. Einstiegsschächte) zur Verfügung. Hingegen sind die Informationen betreffend verfügbare bzw. freie Kapazitäten in den Rohranlagen nicht systematisch und auch nicht in elektronischer Form erfasst. Die schweizweite elektronische Erfassung von sämtlichen Kabelkanälen und deren Kapazitäten würde mehrere Jahre in Anspruch nehmen, den Einsatz erheblicher personeller Ressourcen bedingen und Kosten von schätzungsweise rund CHF 600 Mio. verursachen. Aufgrund dieser Ausgangslage und weil davon ausgegangen werden muss, dass Kabelkanalisationen nur an ausgewählten Orten und in beschränktem Umfang nachgefragt werden dürften, erachtet Swisscom das in Art. 60 Abs. 2 des FDV-Entwurfes geforderte Online-System als völlig unverhältnismässig.

Um eine beförderliche Umsetzung des Zugangsregimes „Zugang zu Kabelkanälen“ sicherzustellen und den interessierten Fernmeldedienstanbieterinnen die notwendigen Auskünfte über verfügbare Kapazitäten zur Verfügung stellen zu können, genügt eine Machbarkeitsabklärung „on request“. Mit einer solchen können konkrete und einzelfallspezifische Auskünfte zur Belegung der Rohre abgegeben werden können. Dadurch würde auch den speziellen Gegebenheiten dieser Zugangsform Rechnung getragen, die standardisierte Informationsabfragen wegen sehr unterschiedlicher Rohrtypen und Belegungsarten nur in sehr beschränktem Ausmass zulässt.

10.13.3 Zu Absatz 3

Die allgemeinen Erwägungen zu den Änderungsanträgen betreffend Art. 54 Abs. 5, Art. 55 Abs. 2, Art. 56 Abs. 3, Art. 58 Abs. 4 und Art. 59 Abs. 2 des FDV-Entwurfes gelten grundsätzlich auch für Art. 60 Abs. 3 des FDV-Entwurfes. Beim Zugang zu den Kabelkanalisationen ist aber zusätzlich zu beachten, dass Änderungen an Kabelkanalisationen in aller Regel nicht von Swisscom ausgelöst werden, sondern Verlegungen (d.h. Umlegungen) sind, die durch Dritte initiiert werden. Nimmt Swisscom gestützt auf Art. 35 FMG Boden im Gemeingebrauch in Anspruch und beabsichtigt die Grundeigentümerin eine Benutzung des Grundstückes, die sich mit der Leitungsführung nicht (mehr) verträgt, so besteht bekanntlich eine Verlegungsverpflichtung (Art. 35 Abs. 2 Satz 2 FMG). Dabei richten sich die Verlegungsmodalitäten terminlich in erster Linie nach demjenigen Projekt, welches die Umlegung auslöst bzw. verursacht. Je nach Umfang des konkreten Projektes wird eine Verlegung in der Praxis regelmässig innert einiger Wochen bzw. allerhöchstens einiger Monate verlangt. Nimmt Swisscom für den Bau und Betrieb von Kabelkanalisationen Privateigentum in Anspruch, so ist in den allermeisten Dienstbarkeitsverträgen vorgesehen, dass ei-

⁴⁰ vgl. <http://www.swisscom.com/ws/pan/Maponline/index.htm>

ne Umlegung der Leitung innert allerhöchstens sechs Monaten vorzunehmen ist, sofern die vom Eigentümer gewünschte zukünftige Nutzung nicht mehr mit dem Leitungsbestand vereinbar ist.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das Zustimmungserfordernis sowie eine zwei Jahre im Voraus vorzunehmende Änderungsankündigung nicht praktikabel und realitätsfremd sind. Müsste die verpflichtete Anbieterin die Leitungsanlagen auf Aufforderung des berechtigten Grundeigentümers oder auf Begehren Dritter verlegen, ginge diese Verpflichtung in jedem Fall einer allfälligen Zustimmung der zugangsberechtigten Anbieterin oder der Einhaltung einer vierundzwanzigmonatigen Ankündigungsfrist vor. Es versteht sich jedoch von selbst, dass die verpflichtete Anbieterin in einem solchen Fall den betroffenen Fernmeldediensteanbieterinnen die notwendigen Informationen so rasch als möglich und in einer angemessenen Form zur Kenntnis bringen würde.

10.13.4 Änderungsantrag

Aus den genannten Gründen beantragt Swisscom für Art. 60 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 60 Abs. 1 Einleitungssatz sowie Abs. 2 und 3

¹ Das Basisangebot der marktbeherrschenden Anbieterin umfasst die technischen und kommerziellen Bedingungen im Zusammenhang mit dem Zugang zu den Kabelkanalisationen *sowie insbesondere*: ...

² *streichen*

³ Nach Aufgabe der Bestellung darf die marktbeherrschende Anbieterin keine *wesentlichen* technische Änderung an der Kabelkanalisation zu Ungunsten der nachfragenden Anbieterin vornehmen, *ohne die* geplanten Änderungen *innert angemessener Frist zum Voraus angekündigt* zu haben. *Vorbehalten bleiben Änderungen bzw. Anpassungen an der Kabelkanalisation, zu welchen die marktbeherrschende Anbieterin rechtlich verpflichtet ist.*

10.14 Vorsorgliche Massnahmen und Zugangsverfügung (Art. 68 und 71)

10.14.1 Dispositionsmaxime

Bei Streitigkeiten über den Zugang entscheidet die ComCom auf Gesuch hin und nicht von Amtes wegen (Art. 11a Abs. 3 FMG). Sie ist mit andern Worten bei ihren Entscheiden an die Begehren der Parteien gebunden³¹. Dem widersprechen teilweise Art. 68 des FDV-Entwurfes und Art. 71 Abs. 2 des FDV-Entwurfes, soweit sie der ComCom erlauben, von Amtes wegen zu verfügen. So können vorsorgliche Massnahmen nur auf Begehren einer Partei verfügt werden und über Zugangspreise hat die ComCom nur zu entscheiden, wenn und soweit diese strittig sind.

10.14.2 Glaubhaftmachen statt Nachweisen der Kostenorientierung der Preise

Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes enthält eine Beweislastregel, die festhält, dass eine marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten die Beweislast für die kostenorientierte Preisgestaltung zu tragen hat. Der Verordnungstext verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff „nachweisen“. Damit wird das Beweismass angesprochen.

Nach der bundesrechtlichen Regel für das Beweismass (Regelbeweismass) gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht oder eine entscheidbefugte Behörde von der Richtigkeit einer Sachbehauptung so überzeugt ist, dass allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen³². Es wird also ein strikter Beweis gefordert.

³¹ Vgl. Verfügung der ComCom vom 3.4.2001 i.S. TDC gegen Swisscom betreffend Interkonnektion (Mobilterminierung der Swisscom / Zuständigkeit und Anordnung von vorsorglichen Massnahmen), Ziff. 2.2.5

³² Vgl. dazu BGE vom 14. September 2004, 4C.222/2004, E. 2; RENE RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 913; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 279

Das Regelbeweismass ist jedoch nicht immer angebracht, und es wäre der Rechtsdurchsetzung hinderlich, wollte man es in allen Fällen anwenden³³. Mittels einer Herabsetzung des Beweismasses soll verhindert werden, dass Rechtsansprüche aus Beweisschwierigkeiten, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten, nicht durchgesetzt werden können³⁴.

Gesetzlich vorgesehen ist eine Herabsetzung des Beweismasses bspw. beim Schadensbeweis eines nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens bei der ausservertraglichen Haftung (Art. 42 Abs. 2 OR³⁵) sowie beim Nachweis resp. der Bestreitung der Vaterschaft (Art. 256b Abs. 2 ZGB)³⁶.

Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich jedoch nicht nur aus dem Gesetz selbst, sondern sind in weiteren Fällen durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden³⁷.

So genügt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung³⁸ eine überwiegende Wahrscheinlichkeit

- für den Beweis für den Wert einer Liegenschaft in einem bestimmten Zeitpunkt;
- für den Beweis für die Anzahl geleisteter Überstunden;
- für den Eintritt des Versicherungsfalles;
- für den Beweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs.

Auch im verwaltungsrechtlichen Bereich hat die Rechtsprechung eine Herabsetzung des Beweismasses angenommen, so im Sozialversicherungsrecht, wo - sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorsieht - eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend erachtet wird³⁹.

Im Entscheid BGE 128 III 271 bejaht das Bundesgericht die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR in Bezug auf die Schätzung des Ferienentschädigungsanspruchs, da der genaue Umfang der nicht in natura bezogenen Ferien nicht festgestellt werden konnte.

Eine Herabsetzung des Beweismasses setzt gemäss Rechtsprechung und Lehre voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen⁴⁰.

Ein Herabsetzen der Beweisanforderung auf blosser Wahrscheinlichkeit ist insbesondere für den Fall, in dem zukünftige und hypothetische Tatsachen bewiesen werden müssen, angezeigt⁴¹. Denn gerade hier besteht die Gefahr, dass ein vom Gesetzgeber gewährter Rechtsanspruch aufgrund von Beweisproblemen illusorisch gemacht wird.

Der von einer marktbeherrschenden Anbieterin von Fernmeldediensten im Verfahren nach Art. 11a Abs. 1 FMG zu erbringende „Nachweis“ der Kostenorientierung basiert unausweichlich auf Annahmen und Hypothesen. Zur Erstellung des verlangten Kostenmodells sind zwingend Ermessensentscheide im Sinne eines Sachverhaltsermessens (nicht Rechtsfolgeermessens) notwendig. So ist den Ausführungen des Bundesgerichtes in den neuesten Entscheiden zu den Interkonnectionspreisen⁴² zu

³³ Vgl. GYGI, a.a.O., S. 282.

³⁴ Vgl. BGE 128 III 271, 275 E. 2b/aa; PETER SUTTER, Die Beweislastregeln unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Streitverfahrens, Diss. St. Gallen 1988, S. 55; GYGI, a.a.O., S. 282 f.

³⁵ Vgl. dazu BSK-SCHNYDER, N 11 zu Art. 42 OR.

³⁶ Vgl. BGE 128 III 271, 275 E. 2b/aa.

³⁷ Vgl. BGE 128 III 271, 275 E. 2b/aa.

³⁸ Vgl. dazu BGE 128 III 271, 276 E. 2b/aa.

³⁹ Vgl. BSK-SCHMID, N 19 zu Art. 8 ZGB; BGE 121 V 204, 208 E. 6b.

⁴⁰ S. BGE 128 III 271, 276 E. 2b/aa.

⁴¹ Vgl. BK-KUMMER, N. 211 zu Art. 8 ZGB.

⁴² BGE 2A.451/2005 und 2A.450/2005

entnehmen, dass Kostenorientierung nicht Kostengleichheit bedeutet⁴³. Kostenorientierte Preise verlangen lediglich eine Annäherung an die tatsächlichen Kosten und nicht eine Identität mit denselben. Daher sind verschiedene Methoden zur Annäherung an kostenorientierte Preise möglich⁴⁴. Zudem darf eine marktbeherrschende Anbieterin auch einen Gewinn erzielen, der aber nicht übermässig sein darf⁴⁵. Die Berechnung der Interkonnectionspreise bringt daher Pauschalierungen mit sich, die zwar möglichst gering zu halten, aber als unvermeidlich in Kauf zu nehmen sind⁴⁶. Das Beweismass des strikten Beweises ist daher nicht angebracht. Angezeigt ist diesem Fall, in dem hypothetische Tatsachen bewiesen werden müssen, vielmehr eine Herabsetzung des Beweismasses aufgrund sachlogischer Beweisschwierigkeiten⁴⁷. Mehr als eine Glaubhaftmachung der Kostenorientierung der Preise kann nicht verlangt werden. Dies bedingt eine entsprechende Anpassung der Beweislastregelung von Art. 71 Abs. 3 FDV.

10.14.3 Verletzung des Rechts auf Beweis bzw. des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung

Nach Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes kommen die in dieser Bestimmung geregelten Folgen der Beweislosigkeit dann zur Anwendung, wenn die verpflichtete Anbieterin die Einhaltung der Kostenorientierung „nach den Vorschriften, welche die Kommission gestützt auf Art. 11a Abs. 4 FMG erlassen hat, nicht nachweisen“ kann. Nach Auffassung von Swisscom verletzt diese Bestimmung das Recht auf Beweis sowie den im öffentlichen recht geltenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) vermittelt der Partei – ebenso wie Art. 6 EMRK – das Recht auf Beweis. Die betroffene Partei hat das Recht, erhebliche Beweise beizubringen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Der Anspruch umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann⁴⁸.

Art. 19 VwVG verweist für das Beweisverfahren auf die Regeln des BZP. Art. 40 BZP schreibt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung vor. Dieser besagt, dass die urteilende Behörde die Beweise frei von Beweisregeln, nach ihrer Überzeugung würdigt⁴⁹. Nach der neueren Prozessrechtslehre wird der Grundsatz der freien Beweiswürdigung als Würdigungs- und Verwertungsfreiheit verstanden, die den Richter einerseits von der Beachtung der Beweiskraftvorschriften entbindet und andererseits die Freiheit des Richters enthält, über die Zulässigkeit eines Beweismittels im konkreten Fall „gemäss wertendem Entscheid“ zu befinden (keine Geltung von Beweisverboten)⁵⁰.

In einem neuen Anhang 3 zur Verordnung der ComCom betreffend das Fernmeldegesetz soll explizit festgelegt werden, in welcher Form ein bestimmter Sachumstand zu beweisen ist. Sollte der Beweis mittels der festgelegten Beweismittel – aus irgend einem Grund – nicht möglich sein, mittels anderer Beweismittel hingegen schon, wäre die Konsequenz der starren Regel von Art. 71 Abs. 3 Satz 1 FDV, dass die beweisbelastete Anbieterin von Fernmeldediensten nicht zum Beweis zugelassen würde. Dadurch würde einerseits in das verfassungsmässige Recht auf Beweis eingegriffen. Andererseits würde auch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Sinne einer Würdigungs- und Verwertungsfreiheit verletzt⁵¹.

Das FMG enthält jedoch keine gesetzliche Grundlage für diese Folge. Art. 11a Abs. 4 FMG ermächtigt zwar die ComCom, Art und Form der Rechnungslegungs- und Finanzinformationen zu regeln, welche eine marktbeherrschende Anbieterin von

⁴³ BGE 2A.451/2005, E. 2.3.2

⁴⁴ BGE 2A.451/2005, E.5.4

⁴⁵ BGE 2A.451/2005, E. 2.3.2

⁴⁶ BGE 2A.451/2005, E. 2.3.3

⁴⁷ Vgl. zum Begriff der sachlogischen Beweisschwierigkeiten: MARTIN KAUFMANN, Bewiesen? Gedanken zu Beweislast - Beweismass - Beweiswürdigung, S. 1199 ff., S. 1207 Ziff. 6.

⁴⁸ Vgl. BGE 119 Ia 260, 261 E. 6a; 117 Ia 262, 268 E. 4b; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren – ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung der neuen Bundesverfassung, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozessrecht, Bern 2000, S. 139ff.

⁴⁹ Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rn. 914; WALTHER J. HABSCHIED, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, Rn. 558.

⁵⁰ Vgl. ALFRED BÜHLER, Die Beweiswürdigung, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozessrecht, Bern 2000, S. 71 ff.; OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006, 10 Rn. 65 f.

⁵¹ Kofmel Ehrenzeller hält dafür, die Frage nach der Zulässigkeit eines bestimmten Beweismittels sei nicht primär eine Frage der freien Beweiswürdigung, sondern eine Frage des Rechts auf Beweis, S.142.

Fernmeldediensten in einem Verfahren nach Art. 11a Abs. 1 FMG vorlegen muss. Damit soll aber lediglich die Arbeit der ComCom erleichtert werden⁵². Eine Ermächtigung zum Eingriff in das Recht auf Beweis und zur Verdrängung der freien Beweiswürdigung kann daraus nicht abgeleitet werden. Dies umso weniger, als nicht ersichtlich ist, aus welchen Gründen eine solche Folge verhältnismässig sein sollte. Die Beurteilung hypothetischer Sachverhaltselemente bringt mit sich, dass der Entscheid im Rahmen einer Ermessensausübung getroffen werden muss⁵³. Dies ist jedoch nicht mehr in zweckmässiger Weise möglich, wenn gleichzeitig eine Beweismittelbeschränkung erfolgt, was verhindern würde, dass der Entscheid unter Würdigung aller relevanten Umstände zustande kommt.

Diese Auslegung von Art. 11a Abs. 4 FMG steht im Einklang mit den anderen verfahrensrechtlichen Beschlüssen im Rahmen der Revision des FMG. Das Parlament hat nämlich sämtliche Versuche, verfahrensrechtliche Standards einzuschränken, konsequent abgelehnt. So wurde z.B. ein Antrag, der den Bundesrat ermächtigen wollte, zur Beschleunigung der Zugangsverfahren Verfahrensgarantien des VwVG einzuschränken, verworfen⁵⁴. Ebenso wurde dem Versuch, für fernmelderechtliche Entscheide generell einen einstufigen Rechtsschutz einzuführen, eine klare Absage erteilt⁵⁵.

Auf die in Art. 71 Abs. 3 FDV vorgeschlagene Einschränkung ist aus diesen Gründen zu verzichten.

10.14.4 Folgen der Beweislosigkeit

Swisscom ist der Ansicht, dass die Bestimmung kostenorientierter Preise wie bisher in erster Linie anhand der Kostenberechnungen der verpflichteten Anbieterin erfolgen muss. Falls die Kostenberechnungen der verpflichteten Anbieterin für die ComCom nicht nachvollziehbar sind, greifen in der sachlogischen Abfolge eigene Preis- und Kostenmodellierungen oder andere geeignete Methoden der ComCom. Die Art und Weise, wie markt- und branchenübliche Vergleichswerte in der Telekommunikationsbranche erstellt werden, hat in der Regel massive finanzielle Konsequenzen für die verpflichtete Anbieterin⁵⁶. Daher sind markt- und branchenübliche Vergleichswerte erst als ultima ratio anzuwenden (Verhältnismässigkeitsprinzip).

Diese Vorgehensweise entspricht im Übrigen auch der bisherigen Praxis der ComCom, die jeweils zuerst die Kostenberechnungen von Swisscom überprüfte und fallweise auf andere geeignete Hilfsmittel zurückgriff (z.B. sog. Plausibilitätstabellen). Nach Auffassung von Swisscom sollte diese Praxis in der FDV festgeschrieben werden.

10.14.5 Umsetzung von Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG

Gemäss Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG muss die ComCom beim Erlass einer Zugangsverfügung die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen berücksichtigen. Im Zentrum der parlamentarischen Debatte über die Revision des FMG stand die Frage der Auswirkungen der Zugangsregulierung auf Investitionen und Innovationen. Mit Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG wollte der Gesetzgeber allfällige negative Auswirkungen der Preisregulierung vermeiden. Eine Preisregulierung hat regelmässig Auswirkungen auf den Gesamtmarkt und trifft dementsprechend nicht nur die regulierte Anbieterin, sondern auch die anderen Anbieterinnen, die in diesem Markt tätig sind oder tätig sein könnten. Eine Preisregulierung, welche die vorherrschenden Marktpreise unterschreitet, birgt grosse Risiken in sich. Sie bestraft Investoren und beeinträchtigt die weitere Entwicklung des Marktes:

- **Strafe für Investoren:** Staatlich regulierte Preise in einem funktionierenden Infrastrukturwettbewerb, die unter dem Marktpreisniveau liegen, bewirken eine Wertvernichtung auf dem gesamten Markt. Eine solche Wertvernichtung kann die Amortisation von bereits getätigten Investitionen gefährden und bestraft damit diejenigen, die in diesen Markt investiert haben.

⁵² BBl 2003 7970

⁵³ Vgl. dazu die Ausführungen in Ziffer 11.14.2 dieser Stellungnahme

⁵⁴ AB 2005 S 523 f.

⁵⁵ Vgl. BBl 2003 1757f. und 1822 sowie AB 2004 N S. 427 ff (Antrag Bezzola zu Art. 61 FMG) und Art. 83 Bst. p des Bundesgerichtsgesetzes (BBl 2006 3635)

⁵⁶ Die Art und Weise wie das Vergleichsmarktkonzept in der Telekommunikationsbranche angewendet wird, ist fragwürdig. Oftmals werden Märkte verglichen, die Unterschiede aufweisen, ohne dass nationale Faktoren herausgefiltert werden (Mani Reinert, Preisgestaltung, in: Geiser/Krauskopf/münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Rz 4.207f).

- **Beeinträchtigung der Marktentwicklung:** Mit den heutigen Erträgen aus den vorherrschenden Marktpreisen werden auch die in Zukunft notwendigen Investitionen finanziert. Mit der Preisregulierung unterhalb der Marktpreise werden jedoch die Investitionsentscheide negativ beeinflusst, da die Ertragsaussichten der Investitionen geschmälert werden. Folge davon sind abnehmende Infrastrukturinvestitionen; d.h. Netze werden bspw. nicht mehr auf dem neusten Stand der Technik gehalten, was dazu führt, dass die Marktbedürfnisse (im Vergleich zur Situation ohne „scharfe“ Preisregulierung) nicht mehr befriedigt werden. Eingriffe ins Preisgefüge beeinträchtigen sodann nicht nur bestehende Infrastrukturen sondern Investitionen in neue Infrastrukturen und damit vor allem auch die Verbreitung moderner Technologien. Darunter leidet schliesslich der gesamte Innovationswettbewerb was zu abnehmender Konkurrenz und schliesslich zu einer Verschlechterung des Angebots im gesamten Markt führt⁵⁷.

⁵⁷ Eine Analogie hierzu wäre, wenn der Staat den Brotpreis von heute 4 auf 2 Franken regulieren würde. Die tieferen Brotpreise wären aus Konsumentesicht natürlich zu begrüssen; bloss wäre zu diesem Höchstpreis gar keine Bäckerei mehr gewillt, Brot zu verkaufen, da sie mit den Einnahmen weder ihre Kosten decken, noch Gewinne für zukünftige Investitionen erwirtschaften könnte. Die ursprünglich gut gemeinte Idee würde letztlich dazu führen, dass kein Brot mehr angeboten würde.

10.14.6 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 68 und 71 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 68, 71 Abs. 2 und 3 sowie 71a (neu)

Art. 68

Nach Einreichung des Gesuchs kann die **Kommission auf** Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen verfügen, um den Zugang während des Verfahrens sicherzustellen.

Art. 71 Abs. 2 und 3

² Die Kommission entscheidet **im Rahmen der Anträge der Parteien über die Bedingungen des Zugangs.**

² **Sie berücksichtigt dabei die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern sowie die Auswirkungen der Zugangsverfügung auf Einrichtungen, die nicht von der marktbeherrschenden Anbieterin kontrolliert werden und über die den Endkunden vergleichbare Fernmeldedienste angeboten werden.**

³ **Der wirksame Wettbewerb wird dann gefördert, wenn drahtlose und drahtgebundene Kommunikationsnetze, über welche Fernmelde- und Rundfunkdienste angeboten werden, entstehen und wirtschaftlich betrieben werden können.**

Art. 71a Preisverfügung

Kann die verpflichtete Anbieterin die Einhaltung der Kostenorientierung der Preise nicht glaubhaft machen, so bedient sich die Kommission bei der Preisverfügung eigener Preis- und Kostenmodellierungen oder anderer geeigneter Methoden. Falls keine solchen Berechnungen oder Methoden verfügbar sind, verfügt die Kommission auf Grund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten.

Sollte dem Änderungsantrag betreffend Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes, d.h. dem beantragten Art. 71a FDV, wider Erwarten nicht entsprochen werden, müsste in der FDV für die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens hängigen Interkonkurrenzverfahren eine **Übergangsbestimmung** vorgesehen werden. Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes regelt die materielle Rechtsfolge, falls die kostenorientierte Preisgestaltung nicht nach den Vorschriften des vorgeschlagenen Anhangs 3 der ComCom-Verordnung nachgewiesen werden kann. Angesichts dieser einschneidenden Rechtsfolge und der detaillierten Vorschriften von Anhang 3, ist eine Übergangsbestimmung für die noch hängigen Interkonkurrenzverfahren vorzusehen. Diese sind nach bisherigem Recht abzuwickeln. Es wäre stossend, wenn Swisscom in diesen Verfahren nach bisherigem Recht Beweis führen müsste, die Frage, ob der Nachweis der Kostenorientierung der Preise erbracht worden ist, dann aber nach dem Anhang 3 beurteilt würde. Würde auf eine solche Übergangsbestimmung verzichtet, hätte dies eine Verlängerung der dannzumal noch hängigen Interkonkurrenzverfahren zur Folge, müsste doch Swisscom nachträglich noch die Gelegenheit zur Nachbesserung der Beweisführung im Sinne der erwähnten ComCom-Vorschriften gewährt werden. Eine derartige Verlängerung dieser Interkonkurrenzverfahren dürfte weder im Interesse der Parteien noch der Öffentlichkeit liegen.

11 Inanspruchnahme und Mitbenutzung von Grund und Boden (Art. 72 – 76 des FDV-Entwurfes)

11.1 Verlegung von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen (Art. 73 des FDV-Entwurfes)

Gemäss Art. 35 Abs. 2 Satz 2 FMG sind Anbieterinnen von Fernmeldediensten verpflichtet, ihre Leitungen zu verlegen, wenn vom Grundeigentümer eine Benützung des Grundstücks beabsichtigt ist, die sich mit der Leitungsführung nicht verträgt. Die

Voraussetzungen und Modalitäten solcher Leitungsverlegungen sollen dabei aufgrund der Delegationsnorm von Art. 35 Abs. 3 FMG vom Bundesrat als Verordnungsgeber festgelegt werden.

Im Nachgang zur Liberalisierung der Fernmeldewesen und dem Inkrafttreten des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 per 1. Januar 1998 ergaben sich in der Praxis verschiedene Anwendungsfragen und Unsicherheiten zum Verständnis und zur Auslegung der fernmeldegesetzlichen Sonderbestimmungen zum Festnetz-Infrastrukturrecht. Insbesondere die Frage, wer die Kosten einer Leitungsverlegung zu tragen hat, war entgegen dem gesetzgeberischen Auftrag von Art. 35 Abs. 3 FMG auf Verordnungsstufe nicht konkretisiert worden.

Dies veranlasste den Schweizerischen Städteverband und den Schweizerischen Gemeindeverband zusammen mit den Anbieterinnen von Fernmeldediensten „*Empfehlungen zu Art. 35 des Fernmeldegesetzes*“⁵⁸ (nachfolgend „*Empfehlungen*“ genannt) herauszugeben, um damit eine gewisse einheitliche Umsetzung zu gewährleisten und den anwendenden Behörden Orientierungshilfen zur Verfügung zu stellen. In Anlehnung an privatrechtliche Regelungen (insbes. Art. 693 ZGB) wird dabei in *Empfehlung 3* einlässlich die Frage der Verlegungskosten behandelt. Dabei wird u.a. explizit festgehalten, dass bei einer sog. drittveranlassten Verlegung der die Verlegung auslösende Dritte sämtliche Kosten der Verlegung zu tragen hat (*Empfehlung 3, a.E.*).

Da sich die Empfehlungen in der Praxis bewährt haben, wurden sie praktisch inhaltsgleich in die FDV (Art. 37) aufgenommen und sollen gemäss Art. 73 des FDV-Entwurfes auch in Zukunft gelten. In Abweichung zu den Empfehlungen hält indessen Art. 73 Abs. 3 des FDV-Entwurfes wie schon Art. 37 Abs. 3 FDV fest, dass die die Verlegung veranlassenden Dritten „*in das Verfahren einzubeziehen*“ sind und sich „*angemessen an den Kosten der Verlegung zu beteiligen*“ haben.

Insbesondere im Zusammenhang mit der Frage des Anwendungsbereiches sowie der Auslegung hat die Regelung von Art. 37 Abs. 3 FDV in der Praxis in verschiedenster Hinsicht Anlass zu Diskussionen gegeben. Aus formeller Sicht bestanden und bestehen vorab Unklarheiten, wie der Dritte überhaupt verfahrensrechtlich in ein verwaltungsrechtliches Verlegungsverfahren miteinbezogen werden kann. In materieller Hinsicht fokussierten sich die Auslegungsfragen insbesondere auf die Tatbestandselemente „Dritter“ bzw. „angemessene Kostenbeteiligung“.

Aus Sicht der Anbieterinnen von Fernmeldediensten und im Einklang mit der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵⁹ besteht für Art. 37 Abs. 3 FDV – wenn überhaupt – nur ein sehr enger, in der Praxis kaum relevanter Anwendungsbereich. Dies ist damit begründet, dass Art. 35 FMG lediglich die Beziehung des Gemeinwesens, welches über Boden im Gemeingebrauch verfügt, zu den Inhaberinnen von Fernmeldeleitungen regelt (BGE 131 II 420 ff. Erw. 3.4). Eine Verlegungsverpflichtung der Anbieterinnen von Fernmeldediensten im Sinne von Art. 35 Abs. 2 Satz 2 FMG gilt deshalb nur gegenüber dem jeweiligen Eigentümer bzw. Hoheitsträger des öffentlichen Grund und Bodens (BGE 131 II 420 ff. Erw. 3.4), und auch dies nur dann, wenn der bestimmungsgemässe und gemeinverträgliche Gebrauch der in Anspruch genommenen öffentlichen Sache im Gemeingebrauch beeinträchtigt ist. Nur bei eigenen Bedürfnissen des Gemeinwesens, welche mit der zweckgebundenen Nutzung und der Primärfunktion der öffentlichen Sache (bestimmungsgemässe, der Zweckbestimmung [Widmung] entsprechende Nutzung) im Zusammenhang stehen und mit der bisherigen Lage der Fernmeldeleitungen nicht mehr verträglich sind, besteht ein Anspruch auf Verlegung (deren Kosten gemäss Art. 37 Abs. 2 FDV grundsätzlich von der Fernmeldedienstanbieterin zu übernehmen sind). Sind Leitungen beispielsweise im Strassenkörper verlegt, besteht nur ein Verlegungsanspruch des Gemeinwesens auf Kosten einer Anbieterin von Fernmeldediensten, wenn ein Strassenprojekt (z.B. eine verkehrs- bzw. strassenbedingte Massnahme, Bau einer Lärmschutzwand, Strassenerweiterungs- oder -sanierungsprojekt etc.) zur Diskussion steht, welches sich mit der bisherigen Leitungsführung nicht verträgt.

Lediglich die Bedürfnisse der bestimmungsgemässen Nutzung des in Anspruch genommenen öffentlichen Grund und Bodens haben demnach Vorrang vor den Nutzungsrechten der Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 35 FMG. Müssen indessen Fernmeldeleitungen umgelegt werden, weil diese mit (später begründeten) Nutzungsansprüchen anderer Infrastrukturbetreiber (z.B. andere Werkleitungseigentümer, Bahnbetriebe etc.) unvereinbar werden, welche den Boden im Gemein-

⁵⁸ Diese Empfehlungen sind elektronisch nicht abrufbar. Sie können beim Schweizerischen Gemeindeverband als Broschüre bezogen werden.

⁵⁹ vgl. BGE 131 II 420 ff.

gebrauch gestützt auf eidgenössisches oder kantonales Spezialverwaltungs- und Enteignungsrecht ebenfalls in Anspruch nehmen, richten sich die Modalitäten und insbesondere die Kostenfolgen für die Verlegung von Leitungen nicht nach Art. 37 Abs. 3 FDV, sondern vielmehr nach dem allgemeinen Grundsatz der zeitlichen Priorität, d.h. nach der Frage, welche (Infrastruktur-) Anlage zuerst vorhanden war. Dies steht im Einklang mit sämtlichen bundesrechtlichen Erlassen, welche ebenfalls die Kostentragung beim Zusammentreffen von verschiedenen Infrastrukturanlagen sowie Versorgungs- bzw. Schutzeinrichtungen zu regeln haben (sog. Verursacher- bzw. Prioritätsprinzip⁶⁰). Es gilt die Massgeblichkeit des Vorbestehens der einen oder der anderen Anlage. Dies führt zum allgemein anerkannten Grundsatz, dass bezahlt, wer später kommt und den bisherigen Zustand ändert. Wie vor kurzer Zeit höchstrichterlich entschieden wurde, bestimmt sich beispielsweise die Kostentragung für die Verlegung von Fernmeldeleitungen im Strassenkörper zufolge bahnbaubedingter Leitungsumlegungen nach der Eisenbahngesetzgebung (und somit nach dem Verursacherprinzip) und nicht nach Art. 37 Abs. 3 FDV⁶¹.

Zur Vermeidung weiterer Unsicherheiten und im Sinne einer klarstellenden gesetzlichen Nachführung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist deshalb der vorgeschlagene Art. 73 Abs. 3 FDV neu zu formulieren. Damit kann im Sinne eines einheitlichen und konsistenten Verständnisses der gesamten Rechtsordnung auch sichergestellt werden, dass dieselben Grundsätze wie im Privatrecht gelten (vgl. Art. 972 Abs. 1 ZGB [Grundsatz der Alterspriorität]). Bei der gesetzlich vorgesehenen Inanspruchnahme von öffentlichem Grund und Boden für die Verlegung von Werkleitungen handelt es sich nämlich um eine Art gesetzliche Durchleitungs- bzw. Nutzungsrechte, die mit dem Dienstbarkeits- und Grundbuchrecht verwandt sind.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 73 Abs. 3 FDV wie folgt zu formulieren:

³ Bei Verlegungen, die von Dritten veranlasst werden, richten sich die Verlegungsmodalitäten, insbesondere die Kostentragung, nach der jeweiligen Spezialgesetzgebung sowie nach den allgemein anerkannten Verlegungsgrundsätzen.

⁶⁰ vgl. z.B. Art. 19 und Art. 24 i.V.m. Art. 31 des Eisenbahngesetzes (EBG, SR 742.101); Art. 29 des Rohrleitungsgesetz (RLG, SR 746.1); Art. 45 des Nationalstrassengesetzes (NSG, SR 725.1)

⁶¹ BGE 131 II 420 ff.; zur Praxis in Deutschland vgl. CR (Computer und Recht) 4/2002, S. 269 ff.

11.2 Mitbenutzung (Art. 76 des FDV-Entwurfes)

Nach Art. 36 Abs. 2 FMG hat die zur Gewährung der Mitbenutzung verpflichtete Anbieterin von Fernmeldediensten Anspruch auf ein „*angemessenes Entgelt*“. In den Materialien zu dieser Bestimmung fehlt jeglicher Hinweis darauf, dass dazu nicht auch eine angemessene Gewinnmarge gehört. Art. 76 des FDV-Entwurfes beschränkt nun aber das angemessene Entgelt auf den „*massgebenden Anteil an den Vollkosten*“ und schliesst damit einen angemessenen Gewinn aus. Für eine derart einschneidende Preisregulierung fehlt eine gesetzliche Grundlage.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom die *ersatzlose Streichung von Art. 76 FDV*.

12 Fernmeldegeheimnis und Datenschutz (Art. 77 – 83 des FDV-Entwurfes)

12.1 Verkehrs- und Rechnungsdaten (Art. 77 des FDV-Entwurfes)

Der vorgeschlagene Art. 77 Abs. 4 FDV ist insofern systemwidrig, als bei „Prepaid“ per definitionem keine Anfechtungsmöglichkeit einer Rechnung besteht. Zudem ist kein sachlicher Grund ersichtlich, wieso Prepaid hinsichtlich der Kosten gegenüber „Postpaid“ besser gestellt werden soll.

In Art. 77 Abs. 5 FDV ist die Bekanntgabe auf diejenigen Daten zu beschränken, welche die Anbieterin des Mehrwertdienstes für das Eintreiben der behaupteten Forderung benötigt.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 77 Abs. 4 und Abs. 5 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 77 Abs. 4 und 5 Satz 1

⁴ Bei Anschlüssen mit Vorbezahlung der Dienste *teilt die Anbieterin von Fernmeldediensten während 30 Tagen nach erfolgter Belastung des Entgelts die in Absatz 1 genannten Angaben auf Verlangen mit.*

⁵ *Fechten Endkundinnen und Endkunden die Inanspruchnahme eines Mehrwertdienstes an, teilen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten den Anbieterinnen von Mehrwertdiensten diejenigen Daten ihrer Endkundinnen und Endkunden mit, welche diese benötigen, um ihre Forderung geltend zu machen. ...*

12.2 Massenwerbung (Art. 78 des FDV-Entwurfes)

12.2.1 Zu Abs. 1

Swisscom bekämpft SPAM und ist dabei insbesondere im Mobilfunkbereich erfolgreich. Swisscom wird weiterhin alle Massnahmen ergreifen, bei welchen Aufwand und Nutzen in einem sinnvollen Verhältnis stehen. Die in Art. 78 Abs. 1 des FDV vorgeschlagene Formulierung geht allerdings etwas zu weit, indem - ungeachtet der Kosten und der Verhältnismässigkeit - alle Massnahmen ergriffen werden müssten, welche nach dem Stand der Technik möglich sind. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerechter, die Formulierung aufzugreifen, die in Art. 79ff. des FDV-Entwurfes verwendet wird. Weiter ist bereits jetzt darauf hinzuweisen, dass es für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten mangels Kenntnis der Sachlage im Einzelfall nicht immer möglich sein wird, *unlautere* von - durchaus denkbarer - *lauterer* Massenwerbung zu unterscheiden.

12.2.2 Zu Abs. 6

Betrifft die Auskunft nach Art. 78 Abs. 6 FDV den Fernmeldeverkehr, sollen sich die Voraussetzungen, das Verfahren und die Entschädigung nach dem BÜPF⁶² richten. Es ist kein Grund ersichtlich, Auskünfte über den Fernmeldeverkehr an die in Art. 78

⁶² Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs; SR 780.1

Abs. 6 FDV erwähnte Bundesstelle an andere Voraussetzungen zu knüpfen als bei der Verfolgung von Delikten durch Strafverfolgungsbehörden. Art. 78 Abs. 6 FDV ist entsprechend zu ergänzen.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 78 Abs. 1 und 6 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 78 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 2 (neu)

¹ Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten *ergreifen die mit vertretbarem Aufwand technisch möglichen Massnahmen zum Schutz ihrer Endkundinnen und Endkunden vor dem Erhalt unlauterer Massenwerbung.*

⁶ ... *Soweit diese Angaben dem Fernmeldegeheimnis unterstehen, richten sich die Voraussetzungen und das Verfahren für die Auskunft sowie die Entschädigung nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs.*

12.3 Anzeige der Rufnummer der Anrufenden (Art. 79 des FDV-Entwurfes)

Swisscom begrüsst, dass der bisherige Art. 61 Abs. 2 FDV nicht in den Art. 79 FDV übernommen werden soll.

Swisscom Fixnet hat den entsprechenden Service „Anonymous Call Rejection“ (ACR) implementiert („Service 99“). Die Kunden sind von ACR nur mässig begeistert, weil ausserhalb des Verantwortungsbereichs von Swisscom Fixnetz liegende technische Schwierigkeiten zu einer erheblichen Einschränkung des Kundennutzens führen. Konkret besteht insbesondere bei transnationalen Verbindungen eine erhebliche, kaum überbrückbare Diskrepanz zwischen den technischen Möglichkeiten und der Erwartungshaltung der Kunden.

Mit diesen Problemen wäre auch im Mobilfunknetz zu rechnen. In der mobilen Welt ist ACR bis anhin kaum verbreitet. Für ACR scheint kein Kundeninteresse zu bestehen, was auch an der unterschiedlichen Situation auf der Geräteseite liegen könnte: Im Gegensatz zumindest zu früheren Festnetzgeräten verfügten die Handys von Beginn weg über eine „Anrufabweistaste“. Dies hat zur Folge, dass der Mobilkunde das lästige Klingeln eines unbekanntenen Anrufers (bzw. einer unterdrückten CLI) mit einem Knopfdruck abweisen kann. Von daher ist zumindest die im geltenden Art. 61 Abs. 1 und 2 FDV vorgesehene Variante „für jeden Anruf einzeln abweisen“ bereits erfüllt - und zwar einfach und unentgeltlich.

13 Leistungen in ausserordentlichen Lagen (Art. 84 – 88 des FDV-Entwurfes)

13.1 Leistungen (Art. 84 des FDV-Entwurfes)

13.1.1 Zu Abs. 1

Mit „Dienste der Grundversorgung“ (Art. 84 Abs. 1 Bst. a des FDV-Entwurfes) war bisher nur der öffentliche Telefondienst gemeint. Zudem umfassen die „Dienste der Grundversorgung“ zum Teil auch die unter Art. 84 Abs. 1 Bst. b und c des FDV-Entwurfes genannten Leistungen, sodass durch die Verwendung des Begriffs „öffentlicher Telefondienst“ anstelle des Begriffs „Dienste der Grundversorgung“ Doppelspurigkeiten verhindert werden können.

In Art. 84 FDV muss im Übrigen jede Zweckerweiterung und -entfremdung von Leistungen nach Abs. 1, welche kommerzielle Angebote der Anbieterinnen konkurrenzieren, verhindert werden.

13.1.2 Zu Abs. 4

Die in dieser Bestimmung verlangten Angaben sind zu detailliert und mit Blick auf die technische Entwicklung zu wenig flexibel. Die Bestimmung ist auch deshalb überflüssig, weil nicht davon auszugehen ist, dass andere Rettungsorganisationen als diejenigen gemäss Art. 28 Abs. 5 FDV je diesen Dienst benutzen werden.

13.1.3 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 84 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 84 Abs. 1 Bst. a, Abs. 4 und Abs. 4^{bis} (neu)

¹ Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten können zugunsten der mit der Bewältigung ausserordentlicher Lagen beauftragten Organe nach Artikel 85 zur Sicherstellung folgender Leistungen herangezogen werden:

a. *öffentlicher Telefondienst.*

⁴ *streichen*

^{4bis} *Die nach Absatz 1 erbrachten Leistungen dürfen keinem andern Zweck als der Bewältigung von ausserordentlichen Lagen dienen. Unzulässig ist insbesondere die Weitergabe der Leistungen an andere Stellen des Bundes oder an Dritte.*

13.2 Art. 88 des FDV-Entwurfes (Entschädigung)

Im Gegenzug zum vorgeschlagen Art. 84 Abs. 4^{bis} FDV ist *der letzte Satzteil von Art. 88 Abs. 1 Bst. d FDV zu streichen.*

14 Einschränkung des Fernmeldeverkehrs (Art. 89 und 90 des FDV-Entwurfes)

Das Bundesamt für Bevölkerungsschutz hat den in Art. 89 des FDV-Entwurfes genannten Festnetzdienst gekündigt, weshalb sie im Sommer 2006 ausser Betrieb genommen wurden. Die sog. KWT-Schaltungen (für Krisen und Katastrophen wichtige Teilnehmer) wurden aufgehoben. Demzufolge existiert im Festnetz zurzeit keine Infrastruktur mehr für den Betrieb eines solchen Priorisierungsdienstes.

Im Bereich der Mobilkommunikation steht demnächst die Ablösung des bestehenden, proprietären Dienstes durch eine neue Standardtechnologie an. Nach eingehenden Diskussionen zwischen den involvierten Kreisen entschied die zuständige Stelle („Ausschuss Telematik“ des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz), im Zusammenhang mit der neuen Standardtechnologie keine Vorbereitungsmassnahmen im Sinne des geltenden Art. 72 FDV treffen zu wollen. Es wird sich deshalb um ein rein kommerzielles Produkt handeln, welches jedoch grundsätzlich geeignet wäre, entsprechende behördliche Bedürfnisse künftig abzudecken. Das BAKOM geht ebenfalls davon aus, dass die Priorisierung im Mobilfunknetz entsprechende Lösungen im Festnetz verdrängen wird. Unter diesen Umständen sollten die Festnetz-Anbieterinnen nicht verpflichtet werden, wiederum Dienste einzuführen und aufrecht zu erhalten, die nicht mehr nachgefragt werden und für die niemand die Kosten übernehmen will. Infolgedessen ist Art. 89 Abs. 1 FDV dahingehend anzupassen, dass die (Festnetz-)Anbieterinnen diesen Dienst auf Verlangen des Departements erst wieder einführen müssen, wenn z.B. das kommerzielle Produkt im Mobilfunkbereich in Zukunft den Anforderungen nicht gerecht werden sollte. Sollte dieser Fall eintreten, so sind zu diesem Zeitpunkt die Einschränkung des Fernmeldeverkehrs sowie die Notwendigkeit von technischen und administrativen Vorschriften zu klären. Diese sollten Rücksicht nehmen auf die Möglichkeiten der bei den Anbieterinnen implementierten Technik.

Heute genügt es hingegen, mit einer offenen Formulierung von Art. 89 FDV sicherzustellen, dass in Zukunft keine Technologie für die Erbringung eines derartigen Dienstes ausgeschlossen wird. Bei der künftigen Standardtechnik im Mobile-Bereich ist beispielsweise eine Bevorzugung der priorisierten Teilnehmer, nicht aber - im Gegensatz zu der zurzeit in der Schweiz und zum Teil im Ausland eingesetzten proprietären Methoden im Mobile-Bereich - eine Einschränkung im Sinne von „Abstellen nicht privilegierter Teilnehmer“ möglich. Unter dem Vorbehalt der gewählten Technik ist zudem die vorgenommene Klärung des Verhältnisses zu den Notrufen nachvollziehbar.

Die Kosten für die Entwicklung und Bereitstellung eines neuen Priorisierungsdienstes im Festnetz sind durch den Bund zu tragen. Eine Überwälzung der Kosten auf die Anbieterinnen von Fernmeldediensten im Festnetz, welche gleichzeitig auf solche Entscheide keinen Einfluss haben, widerspricht dem Verursacherprinzip und ist deshalb zu vermeiden. Dasselbe gilt, falls ein im Mobilfunknetz implementierter Dienst aufgrund behördlicher Anforderungen geändert, angepasst oder weiterentwickelt werden muss. Art. 90 Abs. 2 FDV ist entsprechend zu präzisieren.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 89 Abs. 1 FDV und Art. 90 Abs. 2 FDV wie folgt zu formulieren:

Art. 89 Absatz 1

¹Soweit es technisch möglich ist, kann das Departement die Einführung eines Dienstes anordnen, mit welchem der zivile Fernmeldeverkehr zu Gunsten von Endkundinnen und Endkunden, die in ausserordentlichen Lagen wichtige Aufgaben zu erfüllen haben, eingeschränkt oder priorisiert wird. Soweit es die gewählte Technik zulässt, dürfen Notrufe durch eine solche prioritäre Leitweglenkung nicht unterbrochen werden.

Art. 90 Abs. 2

²Der Bund trägt die Kosten der Vorbereitungsarbeiten, namentlich die Kosten für die Entwicklung, Anpassung und Bereitstellung des Dienstes.

15 Sicherheit und Verfügbarkeit (Art. 91 des FDV-Entwurfes)

15.1 Zu Abs. 1

Als betriebswirtschaftlich orientiertes Unternehmen setzt Swisscom bereits heute alles daran, Störungen im Betrieb ihrer Netze zu vermeiden, da nur mit einem möglichst störungsfreien Betrieb der Netze das Qualitätsversprechen gegenüber den Kundinnen und Kunden, den Geschäftspartnern und den Mitarbeitenden eingehalten werden kann. Demzufolge bringt die geforderte Meldepflicht für diese Gruppen keinen Mehrwert. Da jedoch je nach Umschreibung der Voraussetzungen für eine Meldung die Mehrkosten bei Swisscom enorm ansteigen, ohne dass damit ein entsprechender Nutzen für die Kunden ersichtlich ist, sind die Meldekosten durch den Bund zu tragen. Im Weiteren ist in Abs. 1 das Wort „*unverzüglich*“ zu streichen, da Swisscom im Falle einer Störung sämtliche Kräfte zur Behebung derselben verwenden wird. Die Meldung an das BAKOM ist in einem solchen Fall aus Sicht der betroffenen Kreise zweitrangig.

Um Unklarheiten zu vermeiden und die Mehrkosten für den Bund möglichst tief und zudem kalkulierbar zu halten, müssen die Eckwerte dieser Meldepflicht in Zusammenarbeit mit den Anbieterinnen von Fernmeldediensten in technischen und administrativen Vorschriften eindeutig definiert werden. Da die Vorschriften nach Art. 91 Abs. 2 FDV nur Sicherheitsaspekte betreffen, braucht es für den Erlass von Vorschriften betreffend die Meldung von Störungen eine eigene gesetzliche Grundlage.

15.2 Zu Abs. 2

Swisscom hat in ihrer Stellungnahme vom 26. Januar 2006 zu einem Entwurf für Richtlinien zur Sicherheit und Verfügbarkeit von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten festgehalten, dass das Unternehmen bereits heute grosse Anstrengungen unternimmt, um die Sicherheit und Verfügbarkeit ihrer Telekommunikationsinfrastrukturen und -dienste zu erhöhen. Da die damit verbundenen Kosten erheblich sind, sind zusätzliche Auflagen - und damit noch höhere Kosten - nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn daraus ein nachweisbarer Mehrwert resultiert. Überdies ist zu betonen, dass eine Beschränkung auf allfällige internationale Standards nicht zielführend ist. Vielmehr ist auf bestehende ISO-Normen zu basieren und den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Möglichkeit zu geben, auf weitere verfügbare und bewährte Standards zurückzugreifen, ohne dass diese vom BAKOM für verbindlich erklärt werden müssen.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 91 FDV wie folgt zu formulieren:

Art. 91

¹ Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sind verpflichtet, Störungen im Betrieb ihrer Netze, welche eine relevante Anzahl *Endkundinnen* und *Endkunden* betreffen, *dem* Bundesamt zu melden. *Die Mehrkosten, die diese Meldepflicht bei den Anbieterinnen von Fernmeldediensten verursacht, trägt der Bund.*

^{1bis} *Das Bundesamt erlässt technische und administrative Vorschriften betreffend die meldepflichtigen Störungen.*

² Das Bundesamt *kann die* notwendigen technischen und administrativen Vorschriften zur Handhabung der Sicherheit von Informationen sowie zu anderen Massnahmen *erlassen*, die einen Beitrag zur Sicherheit und Verfügbarkeit von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten *leisten*.

15.3 Eventualantrag

Wie bereits erwähnt, stellt Sicherheit für Swisscom ein Element zur Sicherstellung einer erfolgreichen Unternehmensexistenz dar und ist aus diesem Grund im Unternehmen auch entsprechend verankert. Sicherheit gilt als Versprechen und Verpflichtung gegenüber den Kundinnen und Kunden, weshalb Swisscom wesentliche Anstrengungen in der Sicherheitsorganisation, der Umsetzung von Sicherheitsstandards, den Sicherheitsaudits, der Sensibilisierung und Schulung des Personals und den jährlichen Sicherheitsprogrammen unternimmt.

Wenn das BAKOM nun über diese Anstrengungen hinaus weitere Auflagen einführen will, sind die dadurch verursachten Mehrkosten durch den Bund zu tragen, da ein Mehrwert für die Kundinnen und Kunden nicht ersichtlich ist.

Aus diesen Gründen stellt Swisscom den Eventualantrag, Art. 91 FDV um einen Abs. 2bis zu ergänzen:

Art. 91 Abs. 2bis (neu)

Wenn die Vorschriften nach Absatz 2 höhere Anforderungen an die Sicherheit und Information stellen, als die Anbieterinnen von Fernmeldediensten üblicherweise befolgen, trägt der Bund deren Mehrkosten.

16 Änderung der Preisbekanntgabeverordnung (PBV); Art. 104 des FDV-Entwurfes

Im Rahmen der Erarbeitung der Version 2 des zwischen Sunrise, Orange und Swisscom Mobile abgeschlossenen „Code of Conduct SMS/MMS-Mehrwertdienste“ (nachstehend „Code of Conduct“) wurden verschiedene Risikobegrenzungsmaßnahmen zugunsten der Konsumenten diskutiert, unter anderem auch eine Begrenzung der SMS pro Minute. Letztere wurde insbesondere mit Blick auf die sogenannten „Alert-Dienste“ verworfen. Bei diesen handelt es sich um Dienste, deren Frequenz von bestimmten Ereignissen abhängt. Das typische Beispiel ist der sogenannte „Goal-Alert“, bei welchem der Kunde pro Goal ein SMS erhält. Die Anzahl Tore sind - sowohl im Fussball wie insbesondere auch im Eishockey - weder für die Anbieter noch für die Kunden voraussehbar. Bei einer bereits vorgängig kommunizierten Begrenzung der SMS pro Minute besteht das Risiko, dass der Kunde eine von ihm gewünschte Information nicht erhält. Wird die Begrenzung aus diesen Gründen eher hoch angesetzt, dürfte sie ihre risikosenkende Wirkung verfehlen. Anstatt einer Begrenzung der SMS pro Minute wurde deshalb in Ziffer 5.1 des erwähnten Code of Conduct folgender, flexiblerer Ansatz gewählt: *„Falls bei einem Dienst die Häufigkeit der erhaltenen SMS/MMS für den Endkunden Auswirkungen auf die Kosten hat, sie aber trotzdem nicht selbsterklärend sind (wie dies z.B. bei einem Dienst wie „1 SMS pro Tag“ oder „1 SMS pro Goal“ der Fall wäre“, muss der Mobile Service Provider (d.h. der Mehrwertdiensteanbieter) die Häufigkeit in seiner Werbung bzw. Dienstinformation klar angeben.“* Swisscom ist der Ansicht, dass damit einerseits den verständlichen Bedürfnissen der Konsumenten, andererseits der unterschiedlichen Ausgestaltung von SMS-/MMS-Mehrwertdiensten in sachgerechter Weise Rechnung getragen wird. Auf den vorgeschlagenen Art. 11b Abs. 1 Bst. d PBV kann deshalb ohne Nachteil für die Konsumenten verzichtet werden. Der Konsument ist zusätzlich ja auch noch durch die Preisobergrenze pro Minute in Art. 38 Abs. 3 FDV geschützt.

Das Business-Modell bei den SMS-/MMS-Mehrwertdiensten ermöglicht es den Mobilfunkanbieterinnen, relativ rasch auf Missbräuche zu reagieren. Eines der Hauptziele des erwähnten Code of Conducts besteht denn auch darin, einen angemessenen Konsumentenschutz sicherzustellen, ohne durch prohibitive Vorschriften das Geschäft abzuwürgen. Im Bereiche der Push-Services wurden in Ziffer 5.2.2. des Code of Conducts Informationspflichten statuiert, welche (freiwillig) über Art. 11b der aktuellen PBV hinausgehen. In der Praxis sind diesbezüglich keine nennenswerten Probleme mehr festgestellt worden. Eine nochmalige Bestätigung nach Erhalt der Informationen ist demnach überflüssig, zumal letztere dem Kunden aufgrund von Art. 11b PBV ohnehin bereits vor der Aktivierung des Dienstes zugestellt werden müssen. Der Grossteil der Konsumenten würde eine nachträgliche, nochmalige Bestätigung voraussichtlich nicht als nützlich, sondern als prohibitiv einstufen.

Aus diesen Gründen ist auf eine derartige Bestätigung zu verzichten. Die Behörden würden mit einem Verzicht auch die ihnen bekannten Bestrebungen der Mobilfunkbranche nach konsumentenfreundlicher, flexibler Selbstregulierung besser honorieren.

Sollten wider Erwarten Probleme auftreten, welche eine nochmalige Bestätigung durch den Kunden als sinnvoll erachten liessen, würde die Branche den Code of Conduct umgehend von sich aus entsprechend anpassen. Dies ist rascher möglich als eine Aufnahme neuer oder die Streichung nicht (mehr) erforderlicher Verordnungsbestimmungen.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, *auf die vorgeschlagenen Art. 11b Abs. 1 Bst. d PBV und Art. 11b Abs. 2 PBV zu verzichten.*

B Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV)

17 Wirkung des Widerrufs (Art. 12 AEFV)

Wie aus den Erläuterungen hervorgeht, liegt dem Systemwechsel zum sofortigen Widerruf der Widerrufgrund von Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV zugrunde. Für diesen Fall erscheint der Vorschlag in Art. 12 AEFV sachgerecht.

Art. 11 AEFV weist jedoch eine Palette weiterer Widerrufgründe auf, bei denen es keinen sachlichen Grund für einen sofortigen Widerruf gibt. Hier erscheint das System des bestehenden Art. 12 AEFV angemessener.

Swisscom beantragt deshalb, Art. 12 AEFV lediglich wie folgt zu ändern:

Art. 12

¹ Der Widerruf von Nummerierungselementen tritt 18 Monate, der Widerruf von Kommunikationsparametern drei Monate nach der Eröffnung der Widerrufsverfügung in Kraft. Sind durch den Widerruf keine *Endkundinnen* und *Endkunden* betroffen oder erfolgt dieser nach Artikel 11 Absatz 1 Buchstaben c-e oder Artikel 24g, so können diese Fristen verkürzt oder es kann auf deren Ansetzung verzichtet werden.

^{1bis} *Im Falle von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe b tritt der Widerruf von Adressierungselementen sofort in Kraft. Das Bundesamt kann ein späteres Inkrafttreten des Widerrufs verfügen, wenn Endkundinnen und Endkunden von in Betrieb stehenden Adressierungselementen davon betroffen sind oder wichtige technische oder wirtschaftliche Gründe dies erfordern.*

18 Auskunftsdienste über die Verzeichnisse (Art. 31a AEFV)

Swisscom begrüsst es, dass gemäss Art. 31a Abs. 1^{bis} des AEFV-Entwurfes eine zugeteilte Nummer für die Bereitstellung von auf Auskunftsdiensten aufbauenden Zusatzdiensten soll genutzt werden können. Allerdings ist kein Grund ersichtlich, wieso das BAKOM mehr oder weniger nach eigenem Gutdünken solche Zusatzdienste soll zulassen können oder nicht. Die Zweifel am gewählten Ansatz werden bestärkt durch die Begründung in den Erläuterungen, wonach es zu vermeiden gelte, dass sich ein „unüberschaubares Angebot an kostenpflichtigen Zusatzdiensten entwickelt“. Die Kriterien, nach welchen das BAKOM solche Zusatzdienste zulassen bzw. trotz Aufbau auf einem Auskunftsdienst nicht zulassen würde, werden nicht dargelegt.

Ein konsequenterer und transparenterer Ansatz besteht darin, dass grundsätzlich ein Anspruch besteht, alle auf einem Auskunftsdienst aufbauenden Zusatzdienste anzubieten, soweit sie nicht anderweitig gegen das Fernmelderecht oder die sonstige Rechtsordnung verstossen. Um Transparenz auf dem Markt zu schaffen, könnte das BAKOM allenfalls eine Liste derartiger Zusatzdienste veröffentlichen. Hingegen soll das BAKOM einen Zusatzdienst nur untersagen dürfen, wenn er nachweislich einen zu wenig engen Bezug zum zugrunde liegenden Auskunftsdienst hat oder anderweitig gegen das Fernmelderecht bzw. die Rechtsordnung verstösst. Die entsprechende Verweigerungsmöglichkeit besteht ohnehin und muss nicht noch spezifisch erwähnt werden.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, Art. 31a Abs. 1^{bis} AEFV wie folgt zu formulieren:

1^{bis} Die zugeteilte Nummer kann für die Bereitstellung von auf Auskunftsdiensten aufbauenden Zusatzdiensten genutzt *werden*.

19 Einstellung des Betriebes der Nummern 1141 und 1144 (Art. 54 Abs. 6^{bis} des AEFV-Entwurfes)

Die vorgeschlagene Einstellung des Betriebes der Nummern 1141 und 1144 wird im erläuternden Bericht lediglich damit begründet, dass die heute über diese Nummern angebotenen Vermittlungsdienste in Zukunft als Zusatzdienste zu den über die Kurznummern 18xy erbrachten Auskunftsdienste über die Verzeichnisse angeboten werden könnten. Damit fehlt es an einer vertieften Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sich wirklich lohnt, die bei den Kunden sehr beliebten und nachgewiesenermassen rege benutzten Vermittlungsdienste aus letztlich rein formalen Gründen auf die Kurznummern 18xy zu migrieren. Aus Wettbewerbsgründen ist eine solche Migration nicht geboten. Beide Nummern sind Kurznummern ohne formelle Zuteilung und können deshalb von allen Anbieterinnen von Fernmeldediensten genutzt werden. Der Hinweis, dass die Nummern heute nur noch von einer Anbieterin, d.h. von Swisscom, genutzt werden, belegt überdies, dass auch kein Fall von Nummernknappheit vorliegt.

Zu den einzelnen Nummern kann zudem das Folgende festgehalten werden:

19.1 Kurznummer 1141

Die Kurznummer 1141 wird von den Kunden besonders für schwer erreichbare Länder benützt. Die manuelle Vermittlung ist in keiner Art mit der „Push 5“-Funktion der Kurznummer 1811 vergleichbar. Der Dienst stellt auch Verbindungen zu Ländern her, welche nicht direkt von einem Telefonanschluss erreicht werden können (so genannte Spezialverbindungen Operator to Operator). Folgende Dienste werden über die Nummer 1141 erbracht:

- Manuelle Vermittlung von Telefonverbindungen zu Anschlüssen in allen Ländern der Welt
- Manuelle Vermittlung von Telefaxverbindungen zu Anschlüssen in allen Ländern der Welt (sofern ein manuell bedientes Faxgerät verfügbar)
- Auskünfte über Preise von Verbindungen, die über die Kurznummer hergestellt werden

Besonders beliebt ist der Dienst bei in- und ausländischen Diplomaten (UNO, EDA, etc.). Nicht Bestandteil der Dienste der Kurznummer 1141 sind Nummernauskünfte, welche die Kunden z.B. über die Kurznummer 1811 erhalten. Ausserdem sind die Tarife der Kurznummern 1141 und 1811 unterschiedlich hoch. Die Anzahl Anrufe auf die Kurznummer 1141 hat zwar in den letzten Jahren abgenommen. Nach wie vor wird diese Kurznummer aber täglich durchschnittlich über einhundert Mal gewählt. Aus diesen Gründen ist Swisscom gegen ihre Ausserbetriebsetzung.

19.2 Kurznummer 1144

Die Kurznummer 1144 wird für die manuelle Vermittlung von Verbindungen innerhalb der Schweiz benutzt und ist besonders bei Mobilfunkkunden mit Freisprecheinrichtungen während des Autofahrens sehr beliebt. Nicht Bestandteil des Dienstes der Kurznummer 1144 sind Nummernauskünfte. Dafür steht den Kunden z.B. die Kurznummer 1811 zur Verfügung. Mit einem Wechsel auf 1811 könnte dem eine Vermittlung wünschenden Kunden nicht mehr dieselbe Servicequalität wie bei 1144 geboten werden. Eine direkte Vermittlung wäre nicht mehr möglich. Der Transfer des aktuellen Verkehrsvolumens von 1144 auf 1811 hätte zur Folge, dass die den Vermittlungsdienst wünschenden Kunden nicht mit derselben Geschwindigkeit wie bei 1144 bedient werden könnten.

Auskunfts- und Vermittlungsdienste haben nicht die gleiche Wertigkeit und dementsprechend unterschiedliche Preise. Diese Unterscheidungsmöglichkeit würde bei einem Transfer von 1144 auf 1811 entfallen.

Mit der 1144 kann der Mobilfunknetzbetreiber sicherstellen, dass er seinen Prepaid-Kunden die Dienstleistung der Vermittlung anbieten und entsprechend verrechnen kann. Wird der Wechsel auf 18xy erzwungen, ist der Dienst nicht mehr garantiert. Das Tarifmodell für diesen Auskunftsdienst ist ereignisbezogen und lässt nur eine nachträgliche Verrechnung zu, was dem Prinzip von Prepaid zuwiderläuft. Prepaid-Kunden werden zwar die Nummer 1811 anrufen und eine Auskunft verlangen können, eine Vermittlung oder zusätzliche auskunftsbezogene Dienstleistungen werden jedoch verrechnungstechnisch nicht möglich sein. Eine plötzliche Einstellung des Dienstes würde zu einer grossen Verärgerung bei der Kundschaft führen. Bei Swisscom Mobile wären immerhin 1,6 Mio. Kunden von dieser Massnahme betroffen.

Der Vermittlungsdienst musste schon einmal, nämlich im Zuge der Liberalisierung von der Nummer 5555 auf die Nummer 1144 migriert werden. Im Rahmen dieser Umstellung war Swisscom Mobile gezwungen, erhebliche Ausgaben in die Kundenkommunikation zu investieren. Es kann nicht sein, dass die Anbieter durch derartige Wechsel zu Investitionen in die Kundenkommunikation gezwungen werden, welche sich dann infolge eines neuerlichen Wechsels letztlich als nutzlos erweisen. Ein erneuter Wechsel ist weder den Kundinnen und Kunden noch Swisscom Mobile zuzumuten.

Die statistischen Zahlen zeigen, dass 1144 rege benutzt wird. Durchschnittlich erfolgen täglich über 14'000 Telefonanrufe auf diese Kurznummer. Die Kunden hätten kaum Verständnis dafür, wenn die 1144 ausser Betrieb genommen würde. Das Kundenbedürfnis respektive die hohe Nachfrage sind damit klar belegt und Swisscom ist deshalb gegen eine Ausserbetriebsetzung der Kurznummer 1144.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom die **Streichung von Art. 54 Abs. 6^{bis} AEFV.**

20 Einstellung des Betriebes der Nummer 175 (Art. 54 Abs. 6^{ter} des AEFV-Entwurfes)

Swisscom hat die Ausserbetriebnahme der Kurznummer 175 für den Störungsdienst bereits in einer früheren Stellungnahme befürwortet. Eine Ablösung durch die bekanntere Rufnummer 0800 800 800 ist möglich und erwünscht. Die Einzelheiten für eine Ausserbetriebnahme von Kurznummern - unabhängig davon, welche Dienste mit diesen Kurznummern angeboten werden - müssten jedoch frühzeitig geregelt werden, insbesondere die Kundeninformationen, die Ersatznummern und die Übergangsfrist. Für letztere scheint uns eine Frist von mindestens 18 Monaten angemessen.

Die Information an die Öffentlichkeit müsste im Falle einer Ausserbetriebnahme vom BAKOM mitgetragen werden, da es sich um eine Kurznummer ohne formelle Zuteilung handelt, die also nicht nur von Kunden der Swisscom genutzt wird. Die Über-

gangsfrist wird ausserdem für entsprechende Anpassungen von Leistungsbeschreibungen und Bedienungsanleitungen seitens der Netzbetreiber benötigt.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, den Termin für die Ausserbetriebsetzung der Nummer 175 auf den **30. Juni 2008** festzusetzen.

C Verordnung über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (FKV)

21 Konzessionserteilung mittels Auktion (Art. 17f des FKV-Entwurfes)

Bei der Auktion selber steht nur noch der Auktionspreis im Vordergrund. Nach erfolgter Auktion werden die erfolgreichen Gebote ohnehin öffentlich bekanntgegeben. Vor diesem Hintergrund gibt die sinngemässe Anwendung von Art. 17e Abs. 3 FKV wenig, diejenige von Art. 17e Abs. 4 FKV gar keinen Sinn. Eine sinngemässe Anwendung dieser Bestimmungen scheint allenfalls für eine der Auktion vorangehende *Vorselektion* sachgerecht.

Aus diesem Grund beantragt Swisscom, **Art. 17f Abs. 3 FKV zu streichen** oder wie folgt zu formulieren:

³Die Bestimmungen in Artikel 17e Absätze 3 und 4 gelten **bei einer Vorselektion** sinngemäss.

22 Voraussetzungen für den Betrieb von störenden Fernmeldeanlagen (Art. 36b des FKV-Entwurfes)

Der Fernmeldeverkehr würde durch mobile störende Fernmeldeanlagen in unberechenbarer Weise gestört. Unter Umständen werden Notrufe von Kunden verhindert, bei welchen es ebenfalls um die Abwehr einer unmittelbaren und schweren Gefahr für Leib oder Leben geht. Kunden, welche aufgrund der mobilen störenden Fernmeldeanlagen nicht telefonieren können, werden sich zu Unrecht bei den Mobilfunkanbietern beklagen. Swisscom lehnt deshalb die Aufnahme von Art. 36b Abs. 4 grundsätzlich ab.

Falls an Art. 36b Abs. 4 festgehalten wird, müssten einerseits die Voraussetzungen in zeitlicher Hinsicht präzisiert werden. Andererseits ist klar zu stellen, dass ein Betrieb der mobilen störenden Fernmeldeanlage bei Nichtvorliegen einer unmittelbaren und schweren Gefahr für Leib oder Leben einen Verstoss gegen die Bewilligung darstellt, welcher aufsichtsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom, **Art. 36b Abs. 4 FKV zu streichen** oder wie folgt zu formulieren:

⁴ **Bei mobilen störenden Fernmeldeanlagen enthält die Bewilligung die Auflage, dass diese Anlagen nur insoweit und nur solange betrieben werden dürfen, als** dadurch eine unmittelbare und schwere Gefahr für Leib oder Leben abgewendet werden kann.