

Stellungnahme

zur

Änderung des Fernmeldegesetzes und seiner

Ausführungsbestimmungen

Als assoziiertes Mitglied des VIT folgt SWITCH, sofern nachfolgend nicht eine andere oder ergänzende Auffassung vertreten wird, den in der Stellungnahme des VIT dargelegten Stellungnahmen.

SWITCH als Stiftung betreibt bekanntlich für ihre Destinatäre, die Universitäten und Hochschulen, ein „internes“ Netzwerk, das einem Betriebsnetzwerk gleichgesetzt werden kann sowie die Registration und Verwaltung von Domain-Namen. Entsprechend ist SWITCH generell nur marginal von der Revision betroffen. Augenmerk hat SWITCH vor allem auf die Änderung in Art. 28 FMG gerichtet. Darüber hinaus möchten wir einige Anmerkungen anbringen, die uns an der vorliegenden Vorlage zur Revision des FMG sowie seiner Ausführungserlasse aufgefallen sind.

1 FMG

1.1 Zu Art. 10a und 11 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} FMG : Ex-ante Regelung

Grundsätzlich befürwortet SWITCH die sogenannte Ex-ante Regelung, da sie die unbefriedigende Situation betreffend den Interkonkktionsbedingungen, welche die marktbeherrschenden Anbieterinnen festlegen können ohne dass im vornherein deren Kostenorientiertheit von der ComCom überprüft werden kann, beseitigt.

Daneben stellt sich die Frage, ob der ComCom nicht ein zu grosser Ermessensspielraum für die Bestimmung des relevanten Marktes eingeräumt wird. Eine Detaillierung des relevanten Marktes im Gesetz würde die bestehende Rechtsunsicherheit beseitigen. So dürften wohl Nischenmärkte kaum einen relevanten Markt darstellen und als solche festgelegt werden.

Artikel 10 FMG ist entsprechend zu präzisieren.

1.2 Zu Art. 12a FMG: Information über die Qualität von Diensten

Mit dem neuen Art. 12a FMG soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass der Bundesrat die Fernmeldediensteanbieterinnen verpflichten kann, über die Qualität ihrer Dienstleistungen öffentlich zu informieren. Die entsprechende Regelung ist dabei generell gehalten und erfasst alle Fernmeldediensteanbieterinnen, unabhängig von der Art der Dienstleistungen, welche sie anbieten, und unabhängig vom Kundenkreis, an welchen sie sich richten.

Bei Fernmeldeanbieterinnen, die ihre Dienstleistungen nicht an das allgemeine Publikum bzw. Konsumentinnen und Konsumenten erbringen, sondern an einen ganz bestimmten, eng begrenzten und qualifizierten Kundenkreis, ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen diese einer generellen Publikationspflicht unterstellt werden sollen.

Die Regelung ist daher in der vorgesehenen allgemeinen Form abzulehnen. Es würde ausreichen, wenn nur diejenigen Fernmeldediensteanbieterinnen der Publikationspflicht unterstellt werden, die Dienstleistungen erbringen, welche für das allgemeine Publikum bzw. an Konsumentinnen und Konsumenten bestimmt sind.

1.3 Zu Art. 12c FMG: Streitschlichtung

Gemäss dem neuen Art. 12c FMG ist vorgesehen, dass generell für Streitigkeiten zwischen Fernmeldediensteanbieterinnen und ihren Kunden das BAKOM als Schlichtungsbehörde dienen soll. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens sollen dabei ausschliesslich von der Fernmeldediensteanbieterin getragen werden. Diese Streitschlichtungsregelung ist zu unterscheiden von derjenigen, welche für Missbräuche bei der Nutzung von Adressierungselementen eingeführt werden soll, und für Domain-Namen bereits in der AEFV enthalten ist.

Der zu Art. 12a FMG angebrachte Kommentar gilt auch hier. Fernmeldediensteanbieterinnen, die keinem allgemeinen Publikum dienen, erbringen in der Regel keine Dienstleistungen an Konsumentinnen und Konsumenten, sondern an Grosskunden. Wie diese Parteien Streitigkeiten beilegen, dürfte allein deren Sache sein.

Erfolgt keine Einschränkung auf die Konsumentinnen und Konsumenten, ist Art. 12a FMG ganz zu streichen.

1.4 Zu Art. 13 FMG: Auskunftspflicht des Bundesamtes

Durch eine Änderung von Art. 13 FMG soll neu die Möglichkeit geschaffen werden, dass das BAKOM Informationen über Fernmeldediensteanbieterinnen bekannt machen kann. Das bezieht sich dabei nicht nur auf den Namen der Anbieterin und die von ihr erbrachten Leistungen, sondern auch auf Informationen betreffend administrative und strafrechtliche Verfahren. Diese Daten sollen sogar über öffentliche Abrufverfahren zugänglich sein.

Dies ist abzulehnen, soweit es um Informationen betreffend administrative und strafrechtliche Verfahren geht. In bezug auf solche Daten ist eine Bekanntgabe dahingehend einzuschränken, dass diese im öffentlichen Interesse notwendig ist und keine überwiegenden Interessen der betroffenen Fernmeldediensteanbieterin bestehen. Auch unter diesen Bedingungen ist die Bekanntgabe sodann auf laufende Verfahren zu beschränken. Die Bestimmung ist entsprechend anzupassen.

1.5 Zu Art. 13b FMG: Amtshilfe

Mit dem neuen Art. 13b FMG soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass das BAKOM mit anderen Behörden Daten austauschen kann und unter gewissen Bedingungen Daten ins Ausland austauschen kann. Das soll auch für sensitive Daten aus administrativen und strafrechtlichen Verfahren gelten.

Die Regelung von Art. 13b FMG enthält dabei keine einschränkenden Grundsätze, unter denen ein solcher Datenaustausch möglich sein soll. Z.B. ist nicht vorgesehen, dass ein Datenaustausch nur dann möglich sein soll, wenn die Verwendung der Daten durch die diese erhaltende Behörde mit dem ursprünglichen Zweck, für den die Daten gesammelt worden sind, in einem Zusammenhang steht. Auch andere im Rahmen des Datenschutzgesetzes für die Amtshilfe massgeblichen Grundsätze, wie z.B. dass nur im Einzelfall Amtshilfe geleistet werden kann, nicht jedoch durch den Austausch von ganzen Listen, die mehrere Personen betreffen, sind in Art. 13b FMG nicht berücksichtigt.

Aufgrund dieser Ausführungen ist die Bestimmung zu streichen.

Zu Art. 28 Abs. 2 FMG: Streitbeilegungsdienst für Adressierungselemente

In Art. 28 Abs. 2 FMG wird mit dem neuen letzten Satz die Regelung bezüglich Streitbeilegungsdienst, wie er in Art. 14g AEFV für Domain-Namen enthalten ist, nun allgemein für Adressierungselemente vorgesehen.

Wie sich bereits im Rahmen der Diskussionen zwischen SWITCH und dem BAKOM herausgestellt hat, ist ein solcher Streitbeilegungsdienst nur dann sinnvoll, wenn er in der entsprechend ausgestalteten Form einem Bedürfnis entspricht. Der Bedürfnisnachweis ist als Voraussetzung in Art. 28 Abs. 2 FMG ergänzend vorzusehen.

In den Diskussionen zwischen SWITCH und dem BAKOM hat sich ebenfalls gezeigt, dass es unklar ist, was unter einem „obligatorischen Streitbeilegungsdienst“ zu verstehen ist. Gemeint ist wohl, dass dem Inhaber des strittigen Domain-Namens Nachteile entstehen können, wenn er sich nicht auf das Streitbeilegungsverfahren einlässt (z.B. dass die Zuteilung des Domain-Namens widerrufen wird). Auch dies ist in Art. 28 Abs. 2 FMG zu präzisieren.

Aufgrund der bisherigen Evaluation eines Streitbeilegungsdienst haben sich zudem Zweifel ergeben, ob für einen Streitbeilegungsdienst der für die nationale „Internet Community“ als sinnvoll betrachtet wird, die AEFV bzw. das FMG eine hinreichende gesetzliche Grundlage bildet oder ob nicht vielmehr eine formelle Gesetzesbestimmung oder ein Gesetz notwendig ist. Der Gesetzgeber hat deshalb zu prüfen, ob die Voraussetzung der genügenden gesetzlichen Grundlage gegeben ist.

Diesbezüglich empfehlen wir eine Änderung des Vorschlages in Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG wie folgt:

„Er kann insbesondere bei einem ausgewiesenen Bedürfnis vorsehen, dass die bevollmächtigten Dritten einen Streitbeilegungsdienst für Streitigkeiten zwischen Inhabern von Adressierungselementen und Dritten einrichten, der den Inhaber zur Teilnahme an der Streitbeilegung verpflichtet. Zivilrechtliche Klagen bleiben vorbehalten. Der Bundesrat hat dabei den Grundsatz der genügenden gesetzlichen Grundlage zu berücksichtigen.“

1.6 Zu Art. 45a FMG: Unerwünschte Mitteilungen (Spamming)

Gemäss dem neuen Art. 45a FMG sollen Fernmeldediensteanbieterinnen verpflichtet werden, die Übermittlung von unerwünschten Mitteilungen zu Werbezwecken (Spam) an Kunden, die dazu nicht ihre ausdrückliche Zustimmung erteilt haben oder nicht bereits in einer Geschäftsbeziehung mit dem Absender stehen, durch „geeignete und zumutbare“ Massnahmen verhindern.

Die Regelung ist nicht praktikabel, da es für die Fernmeldediensteanbieterinnen nicht erkennbar ist, ob ein Kunde der Zustellung von Werbemitteilungen zugestimmt hat oder mit dem Absender in einer Geschäftsbeziehung steht.

Aus diesem Grund ist Art. 45a FMG ersatzlos zu streichen. Vorbehaltlos begrüsst wird dagegen der neue Art. 3 Bst. n UWG.

1.7 Art. 62 Abs. 3 FMG: Allgemeinverbindlicherklärung von Drittvereinbarungen

Gemäss dem neuen Abs. 3 von Art. 62 FMG können Vereinbarungen, die zwischen mehreren Fernmeldediensteanbieterinnen abgeschlossen worden sind, durch die ComCom als allgemein verbindlich erklärt werden, das heisst auch für solche Anbieterinnen, die an der Verhandlung und am Abschluss der betreffenden Vereinbarung nicht beteiligt gewesen sind.

Die Regelung erscheint fragwürdig, da Fernmeldediensteanbieterinnen plötzlich mit Anforderungen konfrontiert werden können, an deren Ausarbeitung sie nicht beteiligt waren oder sogar ganz bewusst davon Abstand genommen haben.

Der Artikel ist deshalb ersatzlos zu streichen.

2. AEFV

In Bezug auf die Änderung der AEFV schlagen wir vor, Art. 14g Abs. 1 AEFV entsprechend den Ausführungen zu Art. 28 Abs. 2 FMG wie folgt anzupassen:

„Die Registerbetreiberin kann bei einem nachgewiesenen Bedürfnis einen Streitbeilegungsdienst schaffen.“