

Bundesamt für Kommunikation
Zukunftstrasse 44
Postfach
CH- 2501 Biel

Schaan, 07. August 2006

Versand: _____

Stellungnahme zum Entwurf der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir sind eine Gruppe von in Liechtenstein tätigen Mehrwertdiensteanbietern. Zu unserem Einzugsgebiet zählt neben anderen Ländern auch die Schweiz, weshalb wir zu den betroffenen Kreisen der Revision des Fernmeldedienstgesetzes (FMG) sowie der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) zählen. Von Ihrer Einladung zur Stellungnahme zur Revision der Verordnung über die Fernmeldedienste (FDV) vom 28. Juni 2006 haben wir Kenntnis erhalten.

Wir nehmen diese Gelegenheit wahr, unsere Vorbehalte gegen die in Art. 36 Abs. 2 FDV enthaltene Regelung anzubringen. Wir sehen diese Regelung als *ungeeignet* zur Erreichung ihres Zwecks und somit als *verfassungswidrig* an. Zudem ist sie für viele international tätige Mehrwertdiensteanbieter unzumutbar. Dies aus folgenden Erwägungen:

1. Mangelnde Eignung zur Zweckerreichung

Art. 36 Abs. 2 FDV zwingt Anbieterinnen von Mehrwertdiensten, diese von einem Sitz oder einer Niederlassung in der Schweiz aus anzubieten. Gem. der Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes ist Sinn und Zweck der Einführung von Art. 12b FMG – also der Bestimmung, auf welche sich Art. 36 Abs. 2 FDV stützt – die Verhinderung von Missbräuchen im Bereich der Mehrwertdienste. Immer wieder

komme es vor, dass sich die Anbieterinnen von Mehrwertdiensten verärgerten Kunden entziehen, indem sie Sitz im Ausland nehmen. Zu solchen Verstimmungen komme es, weil oft überhöhte Preise verlangt würden, die in keinem Verhältnis zur erbrachten Leistung stünden.¹ Somit ist Sinn und Zweck der Einführung eines obligatorischen Sitzes oder einer obligatorischen Niederlassung in der Schweiz einerseits der Schutz des Kunden vor überhöhten Forderungen und andererseits die Belangbarkeit der Anbieterin von Fernmeldediensten durch den Kunden.

Für den Schutz des Kunden vor überhöhten Forderungen besteht jedoch kein Unterschied, ob die Anbieterin ihren Sitz/Niederlassung in der Schweiz oder im Ausland hat: Die Anbieterin von Mehrwertdiensten macht ihre Forderungen mit der Rechnung der Anbieterin von *Fernmeldediensten* geltend. Der Konsument kann die Rechnung der Mehrwertdienste bestreiten, und die Anbieterin von *Fernmeldediensten* ist dann nicht berechtigt, den Anschluss zu sperren oder den Vertrag vor Beilegung der Streitigkeit zu kündigen (Art. 37 Abs. 4 FDV). Die Anbieterin von Mehrwertdiensten muss vielmehr ihre Forderung gerichtlich geltend machen. Dies muss sie am Wohnsitz des Konsumenten tun (Art. 112 Abs. 1 und Art. 114 Abs. 2 IPRG, Art. 14 Abs. 2 LugÜ). Will der Konsument gegen die Anbieterin von Mehrwertdiensten vorgehen, so steht ihm der Gerichtsstand an seinem Wohnsitz und alternativ am Sitz der Anbieterin zur Verfügung (Art. 114 Abs. 1 IPRG, Art. 14 Abs. 1 LugÜ).

Somit ist der Konsument bei ausländischen Anbieterinnen von Mehrwertdiensten rechtlich genau gleich gestellt, wie wenn diese ihren Sitz und/oder Niederlassung in der Schweiz hätten (vgl. Art. 22 Abs. 1 GestG). Mit anderen Worten ist eine Vorschrift, wonach alle bisher im Ausland tätigen Anbieterinnen von Mehrwertdiensten nun gezwungen sind, diese Dienste von der Schweiz aus anzubieten, ungeeignet, den in der Botschaft postulierten Zweck zu erreichen.

Nur in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht können sich in einem – in der Praxis wohl äusserst seltenen – Spezialfall Probleme für den Konsumenten ergeben, nämlich dann, wenn er *als Kläger* die Anbieterin von Mehrwertdiensten mit *Sitz in einem*

¹ Botschaft, S. 7973.

Nichtvertragsstaat des Lugano-Übereinkommens belangen müsste. Dann wäre er für die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils auf das internationale Privatrecht des betreffenden Staates angewiesen. Bei Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens hingegen wird ein Urteil eines Vertragsstaates in einem anderen ohne weiteres anerkannt und vollstreckt (vgl. Art. 26 Abs. 1 LugÜ). Der Konsument ist diesfalls in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht gegenüber ausländischen Anbieterinnen genau gleichgestellt wie gegenüber inländischen. Wenn also für diesen Spezialfall Art. 36 Abs. 2 FDV eingeführt werden soll, dann sollte er sich nur auf solche Anbieterinnen erstrecken, die ihren Sitz bislang in einem Nicht-EU/EFTA-Staat hatten.

2. Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 der Bundesverfassung)

Des Weiteren verstösst die Bestimmung gegen die in Art. 27 der Bundesverfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit, wenn sie *schweizerischen Anbieterinnen von Mehrwertdiensten verbietet, von ausländischen Niederlassungen aus Dienste zu erbringen*. Gem. Art. 27 BV hat der Einzelne das Recht, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei auszuüben.² Die Wirtschaftsfreiheit schützt also die freie unternehmerische Betätigung und umfasst diesbezüglich auch die Aussenwirtschaftsfreiheit, d.h. sie gewährleistet namentlich die aussenwirtschaftliche Befugnis, Dienstleistungen und Produkte ein- und auszuführen.³ Wird nun eine auch im Ausland tätige Anbieterin von Mehrwertdiensten gezwungen, diese ausschliesslich von der Schweiz aus anzubieten, so wird sie in eben dieser Befugnis eingeschränkt.

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind nur verfassungskonform, wenn sie sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen (Art. 36 Abs. 1 BV). Es handelt sich bei Art. 36 Abs. 2 FDV um eine gesetzesvertretende Verordnung, denn sie beruht auf einer Ermächtigung durch ein Gesetz (Art. 12b FMG), das noch keine vollständige materielle Regelung enthält.⁴ Beim Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen müssen die Grundzüge der Regelung – soweit sie die Rechtsstellung des Einzelnen schwerwiegend berührt – im delegierenden Gesetz selbst enthalten

² Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, N 628.

³ Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Vallender zu Art. 27 N 22.

⁴ Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 136.

sein.⁵ Bei der Einschränkung von Grundrechten sind dabei strengere Anforderungen zu stellen. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV).⁶

Müsste eine Anbieterin alle ihre Dienste, die sie vorher im Ausland erbracht hat, nun in der Schweiz erbringen, so wäre dies zunächst einmal mit einem erheblichen administrativen Aufwand verbunden. Der vorher im Ausland tätigen Anbieterin entstünden grosse Nachteile. Zudem ist die Anbieterin von Mehrwertdiensten in ihrer Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt. Der Eingriff kann also durchaus als schwer bezeichnet werden und sollte daher in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten sein. Art. 36 Abs. 2 FDV jedoch auferlegt den Anbieterinnen von Mehrwertdiensten neue Pflichten, die nicht bereits in Art. 12b FMG enthalten sind. Da diese Pflichten mit erheblichen Belastungen verbunden sind, ist die Gesetzesdelegation unzulässig.

Eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit muss auch verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Das bedeutet, dass die Einschränkung geeignet und erforderlich sein muss, das angestrebte Ziel zu erreichen, und für den Betroffenen zumutbar sein muss. Dass die Vorschrift von Art. 36 Abs. 2 FDV weitgehend nicht geeignet ist, ihr Ziel zu erreichen, wurde eingangs schon gesagt. Da für den oben erwähnten Spezialfall auch eine mildere Massnahme genügen würde, nämlich die Beschränkung der Vorschrift auf Nicht-EU-/EFTA-Staaten, ist sie auch nicht erforderlich. Daher ist sie nicht verhältnismässig im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV.

3. Unzumutbarkeit der Regelung für international tätige Mehrwertdiensteanbieter

Schliesslich ist noch zu bedenken, dass viele Mehrwertdiensteanbieter in mehreren Staaten tätig sind. Würde nun jeder dieser Staaten Vorschriften erlassen, wie dies die Schweiz in Art. 36 Abs. 2 FDV zu tun beabsichtigt, so wäre der Aufwand für die Umstrukturierung so enorm, dass vielen, vor allem kleineren Anbieterinnen die Weiterführung ihrer Geschäftstätigkeit praktisch verunmöglicht würde. Es kann

⁵ Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, N 1872.

⁶ Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, N 1873.

indessen nicht im Interesse der Schweiz liegen, den Markt mit Fernmeldedienstleistungen auf solche Weise zu behindern oder gar zu unterbinden.

4. Fazit

Nach dem Gesagten halten wir die Regelung von Art. 36 Abs. 2 FDV für unrechtmässig, weil sie weder geeignet noch erforderlich ist, den vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck zu erreichen, noch eine genügende Gesetzesgrundlage für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV bietet. Zudem ist sie für international tätige Anbieterinnen von Mehrwertdiensten unzumutbar. Sie sollte daher aus dem Entwurf der FDV gestrichen werden.

Mit freundlichen Grüssen
Pay4Service AG

Yvonne Gilomen

Mitunterzeichnende Gesellschaften dieser Stellungnahme:

Acom Business Anstalt, FL-9494 Schaan

Claudia Hoch-Beck

Werbeanstalt, FL-9494 Schaan

Roman Frick
