

EINSCHREIBEN

Bundesamt für Kommunikation
Zukunftstrasse 44
Postfach
2501 Biel

Datum 22. Juli 2011
Ihr Kontakt Diego Chocomeli / +41 58 223 29 59 / diego.chocomeli@swisscom.com
Thema **Stellungnahme zur Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV)**

Seite
1 von 8

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die uns im Rahmen der Anhörung zur Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) gebotene Möglichkeit zur Stellungnahme. Unsere Stellungnahme zum Vernehmlassungsentwurf sowie zwei Anträge im Bereich der Verzeichnisdienste finden Sie nachfolgend.

Die vorgeschlagenen Änderungen sind jeweils **fett/kursiv** markiert.

1 Leistungen im Bereich der Grundversorgung (Art. 16 Abs. 2 Bst. c und Art. 22 Abs. 1 Bst. a Ziff. 4 E-FDV)

Ungeachtet der noch laufenden festen Konzessionsdauer bis Ende 2017 kann sich Swisscom mit der im Entwurf vorgesehenen moderaten Erhöhung der minimalen Übertragungsrate des Breitband-Internetzugangs sowie mit der Herabsetzung der entsprechenden Preisobergrenze einverstanden erklären.

Eine flächendeckende Erschliessung sämtlicher Bevölkerungskreise mit einem leistungsfähigen und preiswerten Breitband-Internetzugang ist Swisscom ein wichtiges Anliegen. Breitband-Internet in der Grundversorgung stellt im internationalen Vergleich jedoch nach wie vor die Ausnahme dar. Neben der Schweiz hat einzig Finnland den Breitband-Internetzugang in den regulierten Grundversorgungskatalog aufgenommen. Mit der vorgesehenen Erhöhung der Downstream-Mindestbandbreite von 600 auf neu 1'000 kbit/s würde die Schweiz ihre internationale Spitzenposition bis auf weiteres zementieren. Mit diesen Mindestbandbreiten wird der gesamten Bevölkerung ein, nunmehr sogar erweitertes, *Basisangebot* an Internet-Breitbanddiensten garantiert. Genau dies ist Sinn und Zweck einer *Grundversorgung*.

Die vorgesehene Downstream-Mindestbandbreite von 1'000 kbit/s würde es Swisscom ausserdem weiterhin erlauben, fast 98% der Haushalte in der Schweiz mit der leitungsgebundenen DSL-Technologie zu erschliessen. Den restlichen ca. 2% der Haushalte könnte Swisscom wie bis anhin einen alternativen Breitband-Internetzugang (via Satellit oder Mobilfunk) anbieten. Eine zusätzliche Heraufsetzung der Mindestbandbreite ist demgegenüber zum aktuellen Zeitpunkt abzulehnen, da eine grosse Anzahl von Haushalten nicht mehr über die leitungsgebundene DSL-Technologie erschlossen werden könnte. Die ungedeckten Kosten der Grundversorgung würden sich dadurch massiv erhöhen.

In diesem Zusammenhang gilt es abschliessend darauf hinzuweisen, dass ein Grossteil der Bevölkerung von sehr viel höheren Bandbreiten profitiert und Swisscom auch die in der Verordnung veranschlagte Preisobergrenze heute nicht ausreizt. Der wirksame Wettbewerb sorgt für eine zuverlässige und erschwingliche Versorgung sämtlicher Bevölkerungskreise und führt dazu, dass die Breitbanddienste in der Schweiz kontinuierlich ausgebaut werden. Davon profitieren nicht nur Städte und grössere Agglomerationen, sondern auch periphere Gebiete wie beispielsweise die aktuellen Glasfaserprojekte von Swisscom und regionalen Elektrizitätswerken in diversen ländlichen Kantonen zeigen. Es kann jedoch nicht Aufgabe der Grundversorgung sein, sämtliche Haushalte der Schweiz mit allem Wünschbaren und technisch Möglichen zu versorgen. Eine solche staatlich verordnete Telekommunikationspolitik wäre ein Schritt zurück in die Zeit vor der Liberalisierung und weder betriebs- noch volkswirtschaftlich sinnvoll.

2 Schutz von Minderjährigen (Art. 41 E-FDV)

Der Jugendmedienschutz ist Swisscom ein wichtiges Anliegen und Teil der Unternehmensverantwortung. So verpflichten wir uns im Rahmen einer Brancheninitiative zu Massnahmen, die über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehen und stellen unseren Kundinnen und Kunden die modernsten technischen Instrumente im Bereich Medienschutz zur Verfügung (Kinderschutz-Software, Filter, etc.). Gleichzeitig sind wir jedoch auch überzeugt, dass Verbote und Vorschriften allein keinen genügenden Schutz gewährleisten können und im Ergebnis oftmals sogar wenig bis keine Wirkung zeitigen. Swisscom engagiert sich deshalb insbesondere in der Förderung der Kompetenz unserer Kunden im Umgang mit neuen Medien (Schulungen, Kurse, Online Tools, Ratgeber, etc.)¹. Solche Massnahmen zielen darauf ab, das eigenverantwortliche Handeln der Kundinnen und Kunden zu fördern.

Auch im Zusammenhang mit der vorliegend zur Diskussion stehenden Ergänzung von Art. 41 FDV (Schutz von Minderjährigen) ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass die Anbieterinnen von Fernmeldediensten (nachfolgend „FDA“) nie sicherstellen können, ob der jeweilige Nutzer des Telefons tatsächlich mindestens 16 Jahre alt ist. So können Inhaber von Mobilfunkanschlüssen selbstredend jederzeit, d.h. auch ausserhalb eines Vertragsabschlusses oder einer Vertragsänderung, ihr Telefon einer dritten, allenfalls minderjährigen Person zur Nutzung übergeben, ohne dass die FDA darauf Einfluss nehmen könnte. Genau aus diesem Grund zielen die obgenannten Massnahmen von Swisscom im Bereich Jugendschutz primär darauf ab, die Medienkompetenz und somit das eigenverantwortliche Handeln der Kundinnen und Kunden ins Zentrum zu stellen und zu fördern.

Ungeachtet dessen hat Swisscom grundsätzlich Verständnis für die angestrebten Änderungen. Konkret kann sich Swisscom einverstanden erklären, dass sich die FDA *beim Abschluss eines Mobiltelefonievertrags* (Abonnement oder Prepaid-Lösung) aktiv nach dem Alter der hauptsächlichen Benutzerin oder des hauptsächlichen Benutzers erkundigen soll. Diese Massnahme dürfte eine gewisse Schutzwirkung entfalten. Wie nachfolgend dargelegt wird, erscheint es uns jedoch als nicht zweckdienlich, diese Pflicht auf sämtliche Kundeninteraktionen auszudehnen, die lediglich eine Anpassung eines bestehenden Vertragsverhältnisses bewirken.

Im Gegensatz zum klar eingrenzbaeren Bereich der Vertragsabschlüsse, welche bei Swisscom einzig in den Verkaufsstellen sowie im Onlineshop getätigt werden können, gibt es eine kaum überschaubare Anzahl von kleineren oder grösseren Geschäftsvorfällen die Vertragsänderungen zur Folge haben. Neben dem klassischen Fall einer Abonnementsverlängerung verbunden mit dem Kauf eines Mobiltelefons, bewirken unter anderem folgende, beispielhaft aufgeführte Kundeninteraktionen eine Änderung des Vertrags:

¹ Vgl. dazu unter: http://www.swisscom.ch/res/familie/jugendmedienschutz/index.htm?language=de&campID=src_Jugendmedienschutz&



Wechsel des Abonnements (z.B. von NATEL liberty primo zu NATEL liberty medio), Integration eines bestehenden Mobilfunkvertrags in einen Bündelvertrag, Bestellung eines Zusatzangebotes wie Combox pro oder Mobile Security, Deaktivierung der Preisinformation für das internationale Roaming, Anmeldung für eine Tarifoption etc.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 41 Abs. 2 lit. a E-FDV wären die Anbieterinnen von mobilen Fernmelde-diensten auch in solchen Fällen verpflichtet, sich bei den Kundinnen und Kunden jeweils aktiv zu erkundigen, ob die hauptsächliche Benutzerin oder der hauptsächliche Benutzer des Anschlusses unter 16 Jahre alt ist. Es ist naheliegend, dass diese sehr weitgehende Erkundigungspflicht die Komplexität massiv erhöht und für die FDA einen immensen personellen und technischen Zusatzaufwand zur Folge hätte. Dies auch deshalb, weil Vertragsänderungen nicht nur an den Verkaufsstellen und im Onlineshop, sondern zusätzlich auch telefonisch über das Callcenter oder via SMS abgewickelt werden können. Mittels SMS können Kunden beispielsweise einen Abonnementswechsel vornehmen oder sich für eine andere Tarifoption anmelden. Um den Anforderungen von Art. 41 Abs. 2 lit. a E-FDV gerecht zu werden, müsste Swisscom nach Erhalt einer entsprechenden SMS jeweils versuchen, die Kundin oder den Kunden zu kontaktieren und sie oder ihn (erneut) anfragen, ob die Hauptnutzerin oder der Hauptnutzer des Anschlusses allenfalls unter 16 Jahre alt sei. Ein solcher Prozess liesse sich in der Praxis schlichtweg nicht realisieren und würde zudem von den Kundinnen und Kunden als reine Belästigung wahrgenommen. Es gibt auch keine Anhaltspunkte, die dafür sprechen, dass bei einer simplen Vertragsänderung auch gleich der Nutzer ändert. Wie eingangs dargelegt, kann der effektive Nutzer eines Anschlusses jederzeit während der Vertragslaufzeit wechseln, ohne dass die FDA Einfluss darauf nehmen könnte. Letztlich obliegt es dem Kunden seine Hauptverantwortung für die Anschlussnutzung wahrzunehmen und einen solchen Nutzerwechsel seiner FDA zu melden, bzw. den Zugang zu den „einschlägigen“ Mehrwertdiensten sperren zu lassen.

Vor diesem Hintergrund ist Swisscom der Ansicht, dass die in Art. 41 Abs. 2 lit. a E-FDV statuierte Erkundigungspflicht nach dem Alter der hauptsächlichen Benutzerin oder des hauptsächlichen Benutzers auf den *Geschäftsvorfall des Vertragsabschlusses beschränkt* werden muss. Eine Ausdehnung der Erkundigungspflicht auf jede Anpassung des Vertrags geht demgegenüber zu weit und ist nicht praktikabel. Rechtfertigen liesse sich allenfalls noch eine Einschränkung auf den in den Erläuterungen des UVEK erwähnten, klar umrissenen Fall *des Kaufes eines Mobiltelefons im Zusammenhang mit einer (expliziten) Vertragsverlängerung*.

Gemäss Art. 41 Abs. 2 lit. b E-FDV sollen die FDA ausserdem verpflichtet werden, im Zweifelsfall das Alter der hauptsächlichen Benutzerin oder des hauptsächlichen Benutzers an Hand eines behördlichen Ausweises zu überprüfen. Swisscom interpretiert den Wortlaut so, dass ein solcher Zweifelsfall und damit eine Überprüfungspflicht nur dann vorliegen kann, wenn der von der vertragschliessenden Person angegebene Hauptbenutzer beim Vertragsabschluss auch physisch anwesend ist und aufgrund des Erscheinungsbildes davon ausgegangen werden muss, dass er oder sie noch nicht 16 Jahre alt sein kann. In allen anderen Fällen müssen sich die FDA jedoch auf die Angaben ihres Vertragspartners verlassen können, ohne einen Zweifelsfall annehmen zu müssen. Gibt dieser an, dass die hauptsächliche Benutzerin oder der hauptsächliche Benutzer des Anschlusses über 16 Jahre alt ist, darf sich die Anbieterin somit grundsätzlich in guten Treuen auf diese Angaben verlassen. Dies muss insbesondere auch beim online Vertragsabschluss gelten, wo es unmöglich ist, das angegebene Alter an Hand eines behördlichen Ausweises zu überprüfen. Allenfalls könnte in Art. 41 Abs. 2 lit. b E-FDV eine Formulierung gewählt werden, welche dieser einzig praktikablen Lösung noch besser Rechnung trägt (vgl. Vorschlag im Antrag nachfolgend).

Schliesslich möchten wir darauf aufmerksam machen, dass die Umsetzung der vorgesehenen Erkundigungs- und Registrierungspflicht schon bereits für den Fall des Vertragsabschlusses mit beträchtlichem technischem und betrieblichem Aufwand verbunden wäre. Erforderlich wären insbesondere zeitaufwendige Anpassungen an diversen IT-Systemen (inkl. Schnittstellen). Solche Systemanpassungen können bei Swisscom nicht zu jedem beliebigen Zeitpunkt umgesetzt werden, sondern nur zweimal jährlich im Rahmen eines sogenannten IT-Releases. Konkret könnten die vorliegend zur Diskussion stehenden Vorgaben von Swisscom frühestens per November 2012 umgesetzt werden (Herbstrelease). Insofern ersuchen wir Sie, entsprechend grosszügige Umsetzungsfristen in der Verordnung vorzusehen. Eine Umsetzung für den Fall einer Vertragsänderung wäre noch aufwändiger und würde noch längere Umsetzungsfristen erfordern.

Aus den genannten Gründen stellt Swisscom den Antrag, **Art. 41 Abs. 2 E-FDV** wie folgt zu ändern:

² Um zu entscheiden, ob der Zugang gesperrt werden muss, tun die Anbieterinnen von mobilen Fernmeldediensten folgendes:

- a. sie registrieren beim Abschluss des Vertrags, ~~oder wenn die Kundin oder der Kunde eine Änderung des Vertrags verlangt~~, das Alter der hauptsächlichen Benutzerin oder des hauptsächlichen Benutzers, falls diese oder dieser unter 16 Jahre alt ist;
- b. **bestehen konkrete Anhaltspunkte, welche die Angaben der Kundin oder des Kunden als zweifelhaft erscheinen lassen**, überprüfen sie das Alter an Hand eines behördlichen Ausweises.

3 Verzeichniseinträge (Änderungsantrag zu Art. 11 FDV)

Gestützt auf Art. 11 lit. c FDV und den darauf basierenden TAV betreffend die Verzeichnisse der Kundinnen und Kunden des öffentlichen Telefondienstes (SR 784.101.113/1.1; nachfolgend „TAV“) sind Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung im Rahmen des regulierten Verzeichniseintrages unter anderem auch verpflichtet, eine begrenzte Liste von *möglichen (Verzeichnis-)Rubriken* zu führen. Nach Ansicht von Swisscom handelt es sich hierbei um eine unnötige und wenig zweckdienliche Bestimmung.

Gemäss einem den Behörden bekannten Gutachten der Wettbewerbskommission vom 17. Januar 2005 zu den Zusatzeinträgen in Telefonverzeichnissen handelt es sich bei Rubrikeinträgen um Werbung. Verzeichnisrubriken sind demnach Teil des Werbemarktes. Der Rubrik- bzw. Verzeichniseintrag steht dabei in direkter Konkurrenz mit sämtlichen anderen auf dem Markt verfügbaren Werbeträgern (Zeitungen, Lokalradio, Plakate, Direct Mails etc.) und er ist durch diese substituierbar. Es ist nicht sachgerecht, wenn ein einzelner Werbeträger, namentlich bei einem intakten Wettbewerbsumfeld, in einer fernmelderechtlichen Verordnung reguliert wird. Eine solche Regulierung verzerrt vielmehr den Wettbewerb.

Auch in der Praxis hat sich die Regulierung der Verzeichnisrubriken als nicht sinnvoll erwiesen. Es gehört zu den Kernkompetenzen der *Verzeichnisanbieterinnen*, Geschäftskunden im Bereich der Verzeichniseinträge umfassend zu beraten und ihnen im Rahmen dieser Tätigkeit auch optimale, auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Verzeichnisrubriken anzubieten. Gerade bei Geschäftskunden kann durchaus der Wunsch bestehen, je nach Verzeichnis unter unterschiedlichen Rubriken aufgeführt zu werden. Bei einem Verzeichnis, das sich an Spezialisten richtet, wie es sie z.B. in der Baubranche gibt, will der Geschäftskunde unter Umständen in spezifischeren Rubriken erscheinen als in einem Verzeichnis, das sich an die Allgemeinheit richtet. Die Regulierung der Rubriken im Sinne von Art. 11 lit. c FDV sowie Ziffer 2.2.3 der TAV führt nun dazu, dass sich Verzeichnisanbieterinnen gezwungen sehen, vordefinierte und begrenzte

Rubrikeinträge zu übernehmen. Im Ergebnis schränkt ein solcher Markteingriff die gestalterische und redaktionelle Freiheit der Verzeichnisbranche stark und unnötig ein.

In ihrer Tätigkeit unnötig behindert werden aber nicht nur die Verzeichnisanbieterinnen, sondern auch die Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Wie eingangs erwähnt, obliegt es gemäss Art. 11 lit. c FDV den FDA eine begrenzte Liste von regulierten Verzeichnisrubriken zu führen und ihre Kundinnen und Kunden - notabene ohne dafür angemessen entschädigt zu werden - entsprechend zu beraten. Diese Tätigkeit gehört aber nicht zu den Kernaufgaben einer FDA und deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind hierfür wenig qualifiziert. Für eine FDA von Relevanz sind in erster Linie personenbezogene Daten wie Name, Vorname, Telefonnummer und Adresse. Diese Daten werden auch im Rahmen der Abwicklung des Fernmeldedienstvertrags benötigt und erhoben. Das Führen von Verzeichnisrubriken gehört demgegenüber einzig zum Kerngeschäft der Verzeichnisanbieterinnen und sollte folgerichtig auch einzig von diesen wahrgenommen werden.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass auch der Europäische Gerichtshof in einem im Jahr 2004 ergangenen Urteil unmissverständlich festhielt, dass nur die Nummern von ortsfesten Anschlüssen, Mobiltelefonanschlüssen und personenbezogenen Nummern, nicht aber andere Daten – wie z.B. *eben der Rubrikeintrag* – für die Erstellung eines Telefonverzeichnisses im Rahmen des Universaldienstes erforderlich sind. Unseres Erachtens fehlt es bei Art. 11 lit. c FDV somit auch an der – ansonsten behördlich geförderten – Europakompatibilität².

Aus diesen Gründen stellt Swisscom den folgenden **Antrag**:

Art. 11 lit. c FDV sowie die darauf basierenden Bestimmungen in den TAV betreffend die Verzeichnisse der Kundinnen und Kunden des öffentlichen Telefondienstes (SR 784.101.113/1.1) seien ersatzlos zu streichen.

4 Erhebung und Bereitstellung von Verzeichnisdaten der Grundversorgung (Änderungsantrag zu Art. 31 FDV)

Gemäss Art. 31 Abs. 2 FDV sind Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung verpflichtet, anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten oder von Diensten, die auf den Verzeichnisdaten basieren, den Zugang zu den Verzeichnisdaten ihrer Kundinnen und Kunden zu ermöglichen. Es dürfte unbestritten sein, dass diese Zugangsverpflichtung sich auf den Zugang zu den Daten der Kundinnen und Kunden beschränkt, die sich in das Verzeichnis haben eintragen lassen. Mit der FDV-Revision vom 4. November 2009 dehnte der Bundesrat diese Verpflichtung in Art. 31 Abs. 2^{bis} FDV auf den Zugang zu Daten von Kundinnen und Kunden aus, die sich *nicht* in das Verzeichnis haben eintragen lassen.

Art. 31 Abs. 2^{bis} FDV hat aus den folgenden Gründen keine gesetzliche Grundlage:

Das FMG regelt die Bereitstellung und Veröffentlichung von Verzeichnissen in den Art. 12d und 21 FMG. Art. 12d Abs. 1 FMG gibt den FDA das Recht, Verzeichnisse ihrer Kundinnen und Kunden bereitzustellen und zu veröffentlichen. Gleichzeitig wird in dieser Bestimmung festgehalten, dass die Kundinnen und Kunden frei sind, sich in diese Verzeichnisse eintragen zu lassen. Art. 12d Abs. 2 FMG gibt dem Bundesrat das Recht, für den Eintrag von Kundinnen oder Kunden, die sich in ein Verzeichnis eintragen lassen, den Mindestinhalt zu bestimmen (vgl. dazu Art. 11 FDV). Art. 12d FMG gehört im Kapitel „Fernmeldedienste“ (2. Kapitel) zu den

² Vgl. Urteil vom 25. 11. 2004 (KPN Telecom BV; Rechtssache C-109/03) zu Artikel 6 Abs. 3 der „Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.1998 über die Anwendung des offenen Netzzuganges (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld.

„gemeinsamen Bestimmungen“ (1. Abschnitt), d.h. diese Bestimmung gilt für alle Fernmeldedienste und damit auch für die Dienste der Grundversorgung³.

Art. 21 Abs. 1 FMG verpflichtet die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung, ein Verzeichnis ihrer Kundinnen und Kunden zu führen. Gleichzeitig werden diese Anbieterinnen in Art. 21 Abs. 2 FMG verpflichtet, anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten oder Diensten, die auf den Verzeichnisdaten basieren, Zugang zum Mindestinhalt des Verzeichnisses im Sinne von Art. 12d Abs. 2 FMG zu gewähren, und zwar auch dann, wenn sie die Verzeichnisse nicht veröffentlichen.

Die gesetzliche Systematik der Verzeichnissvorschriften wie auch der ausdrückliche Hinweis in Art. 21 Abs. 2 FMG auf den Absatz 2 der gemeinsamen Verzeichnisbestimmung Art. 12d FMG machen deutlich, dass der in Art. 21 FMG verwendete Verzeichnisbegriff wie auch der in Art. 21 Abs. 2 und 3 FMG geregelte Zugang zu den Verzeichnisdaten nur Daten von Kundinnen und Kunden umfassen können, welche sich in das Verzeichnis haben eintragen lassen.

Dies bestätigen letztlich auch die Materialien, die gerade bei der Auslegung verhältnismässig junger Regelungen wie dem revidierten FMG von zentraler Bedeutung sind⁴: Ausgangspunkt der Gesetzesrevision vom 24. März 2006 bildete bei den Verzeichnissvorschriften der bisherige Art. 21 FMG, der wie folgt lautete:

¹ Die Verzeichnisse der Kundinnen und Kunden von Telekommunikationsdiensten können veröffentlicht werden.

² Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung ermöglichen anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten oder Dritten den Zugang zu den Verzeichnissen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer nach internationalen Normen, den elektronischen Zugang ermöglichen sie auch dann, wenn sie diese Verzeichnisse selbst nicht veröffentlicht haben.

³ Auf jeden Fall steht es den Kundinnen und Kunden frei, sich in Verzeichnisse eintragen zu lassen. Sie können die einzutragenden Daten selber bestimmen.

Aus systematischen Gründen wurde diese Bestimmung aufgeteilt in die Art. 12d und 21 FMG. Als gemeinsame Bestimmung für Fernmeldedienste wurden die bisherigen Art. 21 Abs. 1 und 3 FMG in den neuen Art. 12d Abs. 1 FMG aufgenommen, dessen Absatz 2 zusätzlich eine gesetzliche Grundlage für den vom Bundesrat schon bisher im Art. 29 Abs. 2 aFDV (heute: Art. 11 FDV) umschriebenen Mindestinhalt eines Verzeichniseintrages schuf⁵.

In Art. 21 Abs. 3 FMG wurden „zur Lösung der zahlreichen Probleme im Bereich des Zugangs zu den Verzeichnisdaten“ die Zugangsbedingungen und die Regeln zur Streitbeilegung festgelegt⁶.

Hingegen fehlt in der bundesrätlichen Botschaft jeglicher Hinweis darauf, dass die Absicht bestanden hätte, mit Art. 21 Abs. 2 FMG den Zugang zu Verzeichnisdaten auf Daten von Kundinnen und Kunden auszudehnen, die sich nicht in das Verzeichnis haben eintragen lassen.

Zudem fehlt dem Bundesrat die Kompetenz, die in Art. 21 FMG geregelte Zugangsverpflichtung auf Verordnungsstufe auszudehnen, wäre eine solche Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen doch sonst in Ziffer 6.2 der bundesrätlichen Botschaft ausdrücklich aufgeführt worden⁷.

³ Vgl. dazu BBl 2003 7951, 7974.

⁴ Vgl. dazu z.B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-300/2010 vom 8. April 2011, E. 7 Einleitung.

⁵ Vgl. BBl 2003 7951, 7974.

⁶ Vgl. BBl 2003 7951, 7977 f.

⁷ Vgl. BBl 2003 7951, 8003 f.



Der Bundesrat ist in diesem Bereich vielmehr bloss befugt, im Rahmen des Gesetzes Ausführungsvorschriften zu erlassen (Art. 62 Abs. 1 FMG).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass gemäss dem revidierten FMG unter dem Titel der „Verzeichnisdaten“ nur Daten von Kundinnen und Kunden reguliert werden dürfen, welche sich im Verzeichnis haben eintragen lassen. Art. 31 Abs. 2^{bis} FDV und die damit verbundenen Bestimmungen sind deshalb gesetzeswidrig und müssen aufgehoben bzw. angepasst werden.

Erwähnenswert ist weiter, dass Swisscom - als europaweit einer der ersten Anbieterinnen - anfangs 2009, d.h. noch vor Bekanntwerden der Regulierung gemäss Art. 31 Abs. 2^{bis} FDV, einen Kommunikationsherstellungs- bzw. Vermittlungsdienst einführte („Connect 1811“). Bei der Dienstekzeption achtete Swisscom seinerzeit stark auf die datenschutzrechtlichen Aspekte und konsultierte dazu auch vorgängig den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB). Die Reaktionen der Kundinnen und Kunden auf diesen neuen Service waren durchwegs positiv. Swisscom traf im Jahr 2009 zudem bereits Vorbereitungen, um diesen Dienst für die ganze Branche nutzbar zu machen.

Die FDV-Revision vom 4. November 2009 sah in Art. 31 Abs. 2^{bis} FDV jedoch nunmehr vor, dass Swisscom auch die Personendaten der *nicht* in einem Verzeichnis eingetragenen Kundinnen und Kunden zwangsweise Dritten hätte zur Verfügung stellen müssen. Im Ergebnis hätte Swisscom die Privatsphäre ihrer Kundinnen und Kunden damit nicht mehr ausreichend schützen können, was der Hauptgrund dafür war, dass Swisscom den Dienst bereits wieder per Ende 2009 eingestellt hat⁸. Seither gibt es in der Schweiz keine derartigen Angebote mehr. Angesichts des bestehenden Kundenbedürfnisses, der existierenden datenschutzkonformen und problemlos auf die ganze Branche ausdehnbaren Marktlösung ist dies bedauerlich.

Im Sinne einer Evaluation gesetzten Rechts ist deshalb festzuhalten, dass die per anfangs 2010 in Kraft getretenen und von Swisscom bereits im Rahmen der damaligen öffentlichen Vernehmlassung bemängelten Verordnungsbestimmungen ihren Zweck verfehlt haben und auch aus diesem Grund zu streichen sind. Dies wäre zudem eine relativ einfache Massnahme, um den Auskunftsdiensten des Typs 18xy eine neue Ertragsquelle zu eröffnen, notabene ohne dass es dabei zu Friktionen mit Betreibern von Mehrwertdienstenummern des Typs 0900 kommen würde.

Aus den genannten Gründen stellt Swisscom den folgenden **Antrag**:

Art. 31 Abs. 2^{bis}, Abs. 2^{ter} und Abs. 4^{bis} FDV sowie die entsprechenden Verweise in Art. 15 Abs. 1 lit. g, Art. 31 Abs. 3 und Abs. 4 FDV sowie in den TAV betreffend die Verzeichnisse der Kundinnen und Kunden des öffentlichen Telfondienstes (SR 784.101.113/1.1) seien ersatzlos zu streichen.

⁸ Vgl. http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases/2009/12/20091223_MM_Vermittlungsdienst_wird_eingestellt.html



Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anträge und stehen für Fragen und Erläuterungen jederzeit gerne zur Verfügung.

Swisscom (Schweiz) AG

Patrick Dehmer
Head of Legal Services & Regulatory Affairs

Diego Chocomeli
Senior Counsel