

## **Stellungnahme**

**zur Änderung des Fernmeldegesetzes  
und seiner Ausführungsbestimmungen**

Oktober 2002

## Inhalt

<b>1</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>Hauptpunkte</b>	<b>7</b>
<b>2.1</b>	<b>Kein Regulierungsbedarf</b>	<b>7</b>
<b>2.2</b>	<b>Die geplante Zugangsregulierung</b>	<b>8</b>
2.2.1	Ausdehnung der sektorspezifischen Regulierung wäre rechtsstaatlich und wirtschaftspolitisch fragwürdig	8
2.2.2	Zugangsregulierung würde zu einer Abkoppelung des Telekommunikationsbereiches vom allgemeinen Wettbewerbsrecht führen	9
2.2.3	ULL würde die Investitionsanreize aller Infrastrukturanbieterinnen reduzieren	9
2.2.4	ULL-Preisberechnung ist unklar – Kosten-Dilemma bleibt ungelöst	11
2.2.5	Zugangsregulierung würde sich negativ auf den Mobilfunkmarkt auswirken	13
2.2.6	Zusätzliche sektorspezifische Regulierung der Mietleitungen ist unnötig	14
2.2.7	Fazit	14
<b>2.3</b>	<b>Vorgezogene Einführung von ULL und der Interkonnektion für Mietleitungen auf dem Verordnungsweg wäre gesetzeswidrig</b>	<b>15</b>
<b>2.4</b>	<b>Ex-ante Regulierung würde einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftspolitik widersprechen</b>	<b>16</b>
2.4.1	Einschränkung des Rechtsschutzes ist rechtsstaatlich höchst problematisch	18
2.4.2	Vollzugsdefizite in Verfahren können ohne neue Regulierungsinstrumente behoben werden	20
<b>2.5</b>	<b>Anträge</b>	<b>22</b>
<b>3</b>	<b>Bemerkungen zu den weiteren Revisionspunkten</b>	<b>22</b>
<b>3.1</b>	<b>FMG-Revision (einschliesslich UWG-Revision)</b>	<b>22</b>
3.1.1	Interoperabilitätsverpflichtungen (Art. 11 Abs. 2 FMG und Art. 21a des FMG-Entwurfes)	22
3.1.1.1	Interkonnektionspflicht nicht marktbeherrschender Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung (Art. 11 Abs. 2 des FMG-Entwurfes)	22
3.1.1.2	Weitere Verpflichtungen zur Sicherstellung der Kommunikationsfähigkeit (Art. 21a des FMG-Entwurfes)	23
3.1.2	Kosten-Dilemma (Art. 11a [neu], 17 Abs. 2 und 19 Abs. 1 des FMG-Entwurfes)	23
3.1.3	Anforderungen an die Rechnungslegung der als marktbeherrschend bezeichneten Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Art. 11a des FMG-Entwurfes)	25
3.1.4	Verbot der Bündelung von Diensten (Art. 11b des FMG-Entwurfes)	27

3.1.5	Konsumentenschutz (Art. 12a – 12c des FMG-Entwurfes)	28
3.1.5.1	Informationen über die Qualität der Dienste (Art. 12a des FMG-Entwurfes)	28
3.1.5.2	Preise für Mehrwertdienste (Art. 12b des FMG-Entwurfes)	28
3.1.5.3	Schlichtung (Art. 12c des FMG-Entwurfes)	29
3.1.6	Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs (Payment Services; Art. 12b [neu] FMG)	30
3.1.7	Datenschutz und Fernmeldegeheimnis (Art. 12d, 13b, 44a und 45a des FMG-Entwurfes so- wie Art. 3 Bst. n des UWG-Entwurfes)	31
3.1.7.1	Verzeichnisse (Art. 12d des FMG-Entwurfes)	31
3.1.7.2	Amtshilfe (Art. 13b des FMG-Entwurfes)	31
3.1.7.3	Standortdaten (Art. 44a des FMG-Entwurfes)	32
3.1.7.4	Unerwünschte Mitteilungen (Art. 45a des FMG-Entwurfes sowie Art. 3 Bst. n des UWG-Entwurfes)	33
3.1.8	Konzessionsrechtliche Bestimmungen	35
3.1.8.1	Erteilung von Funkkonzessionen (Art. 24 des FMG-Entwurfes)	35
3.1.8.2	Übertragung von Funkkonzessionen (Art. 24d des FMG-Entwurfes)	36
3.1.8.3	Änderung und Widerruf von Funkkonzessionen (Art. 24e des FMG-Entwurfes)	37
3.1.8.4	Auskunftspflicht des Bundesamtes (Art. 24f des FMG-Entwurfes)	37
3.1.9	Vorschriften für Grundversorgungskonzessionärinnen (Art. 14 sowie Art. 16 Abs. 1 Bst. d und f des FMG-Entwurfes)	38
3.1.9.1	Grundversorgungskonzession (Art. 14 des FMG-Entwurfes)	38
3.1.9.2	Universalverzeichnis (Art. 16 Abs. 1 Bst. d des FMG-Entwurfes)	39
3.1.9.3	Verzeichnis für Sehbehinderte (Art. 16 Abs. 1 Bst. f des FMG-Entwurfes)	40
3.1.10	Zugang zu den Verzeichnissen (Art. 21 des FMG-Entwurfes)	40
3.1.10.1	Kreis der Zugangsberechtigten ist zu weit	40
3.1.10.2	Sektorspezifische Preisregulierung ist unnötig und wäre verfassungswidrig	40
3.1.10.3	Keine Ausweitung des Zugangs zu den Verzeichnisdaten	42
3.1.10.4	Antrag	43
3.1.11	Inanspruchnahme von Grund und Boden (Art. 35 Abs. 1 – 3 des FMG-Entwurfes)	43
3.1.12	Mitbenutzungsrecht (Art. 36 Abs. 2 des FMG-Entwurfes)	44
3.1.13	Sicherheit und Verfügbarkeit (Art. 48a des FMG-Entwurfes)	45
3.1.14	Auskunftspflicht (Art. 59 des FMG-Entwurfes)	45
3.1.15	Verwaltungsanktionen (Art. 60 des FMG-Entwurfes)	46
3.1.16	Allgemeinverbindlicherklärung (Art. 62 Abs. 3 des FMG-Entwurfes)	47
3.1.17	Klares Bekenntnis zum Abbau der sektorspezifischen Regulierung	48

<b>3.2</b>	<b>FDV-Revision</b>	<b>50</b>
3.2.1	Vorbemerkung	50
3.2.2	Fehlende gesetzliche Grundlage für die Unterstellung von ULL und Mietleitungen unter das IC-Regime (Art. 1 Bst. c – e i.V.m. Art. 43 Abs. 1 Bst. a <sup>bis</sup> und a <sup>ter</sup> sowie Art. 48 Bst. a des FDV-Entwurfes)	50
3.2.3	Grundversorgung	51
3.2.3.1	Kosten-Dilemma (Art. 18 und Art. 26 FDV)	51
3.2.3.2	Preisobergrenzen für öffentliche Sprechstellen (Art. 26 Abs. 3 FDV und Art. 26 Abs. 3 <sup>bis</sup> des FDV-Entwurfes)	51
3.2.3.3	Periodische Überprüfung (Art. 27 <sup>bis</sup> [neu] FDV)	52
3.2.3.4	Kostenlose Anrufe auf die Nummer 147 (Art. 26 Abs. 1 Bst. c und Art. 28 Abs. 1 des FDV-Entwurfes)	52
3.2.4	Mitbenutzung (Art. 39 FDV)	53
3.2.5	Anforderungen an die Rechnungslegung (Art. 47 FDV)	53
3.2.6	Interoperabilitätspflicht (Art. 48 FDV)	53
<b>3.3</b>	<b>AEFV-Revision</b>	<b>55</b>
3.3.1	Verweigerung der Zuteilung (Art. 4 Abs. 3 Bst. a des AEFV-Entwurfes)	55
3.3.2	Informationen über die Adressierungselemente (Art. 9 Abs. 2 des AEFV-Entwurfes)	55
3.3.3	Zuteilung von Einzelnummern (Art. 24b Abs. 6 des AEFV-Entwurfes)	55
3.3.4	Zuteilungsbedingungen für Kurznummern (Art. 25 AEFV)	56
	<b>Beilagenverzeichnis</b>	<b>57</b>

## 1 Zusammenfassung

Die vorgeschlagenen Änderungen des FMG und seiner Ausführungsbestimmungen bezwecken im Wesentlichen eine umfassende Regulierung des Zugangs zu den für das Erbringen von Fernmeldediensten erforderlichen Einrichtungen und Diensten (bisherige Interkonnektion, Entbündelung des Teilnehmeranschlusses, Zugang zu den Mobilfunknetzen, Interkonnektion für Mietleitungen) und eine massgebliche Erweiterung der Kompetenzen von BAKOM und ComCom, die neu für die Marktteilnehmer sämtliche Zugangskonditionen im voraus festlegen könnten (ex-ante Regime).

Swisscom lehnt diese Revisionsvorschläge aus den folgenden Gründen ab:

- Für den vorgeschlagenen Ausbau der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung besteht kein Bedarf.
- Das Zugangskonzept würde eine erhebliche Ausweitung der bisherigen IC-Verpflichtungen bedeuten und hätte gravierende negative Auswirkungen auf den Fix- und den Mobilbereich.
- Mit dem vorgeschlagenen Ausbau der Kompetenzen der Regulierungsbehörden würden die heutigen Zuständigkeiten der WEKO in den Telekommunikationsmärkten weitgehend aufgehoben und der Telekommunikationsbereich von den übrigen Wirtschaftssektoren wirtschaftspolitisch praktisch abgekoppelt. Eine einheitliche wettbewerbsrechtliche Praxis wäre damit in Frage gestellt.
- Die Verpflichtung zur Entbündelung des Teilnehmeranschlusses würde die Investitionsanreize aller Infrastrukturanbieter reduzieren und sich deshalb auf die Entwicklung der Informationsgesellschaft nachteilig auswirken.
- Die Vernehmlassungsvorlage lässt das Kosten-Dilemma (widersprüchliche und damit wettbewerbsverzerrende Regelung der Kostenberechnung für IC- und Grundversorgungsdienste) ungelöst. Eine sach- und risikogerechte Entschädigung der zur Entbündelung verpflichteten Anbieterin für ihre Kosten und Investitionen wäre deshalb nicht sichergestellt.
- Das geltende Wettbewerbsrecht genügt vollkommen, um allfällige Missbräuche beim Angebot von Mietleitungen zu unterbinden.
- Die beabsichtigte vorgezogene Einführung von ULL und der Interkonnektion für Mietleitungen auf dem Verordnungsweg wäre gesetzeswidrig; mit ihr würde der Bundesrat die demokratischen Kompetenzen der Bundesversammlung und letztlich auch der Stimmberechtigten verletzen.
- Rund sechs Jahre nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes würden die bestehenden marktnahen, in erster Linie auf die Missbrauchsbekämpfung angelegten Vorschriften durch ein interventionistisches Regelwerk abgelöst. Die ComCom erhielte damit die Möglichkeit, von Amtes wegen in funktionierende Märkte einzugreifen. Das Revisionsvorhaben steht damit in einem offensichtlichen Widerspruch zu einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftspolitik.
- Statt die heutigen Vollzugsdefizite mit entsprechenden organisatorischen Massnahmen zügig zu beheben, sollen mit der vorgeschlagenen ex-ante Regulierung des Zugangs die Kompetenzen von BAKOM und ComCom massiv ausgebaut und gleichzeitig der Rechtsschutz durch den generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden faktisch aufgehoben werden. Dieses Ansinnen weckt grösste rechtsstaatliche Bedenken.
- Zur Behebung der heutigen Vollzugsdefizite im Fernmeldebereich ist keine neue Regulierung nötig. Vielmehr könnten mit einer Übertragung der Zuständigkeiten von BAKOM und ComCom in Wettbewerbsregulierungsbelangen auf die WEKO eine einheitliche und effiziente Anwendung der Wettbewerbsregeln und konsistente Problemlösungen am besten gewährleistet werden.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom die geplante FMG- und FDV-Revision in den Hauptpunkten wie folgt anzupassen:

- Auf die Einführung einer umfassenden Zugangsverpflichtung und die ex-ante Regulierung ist zu verzichten.
- Die auf Verordnungsstufe vorgesehene Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes und die Unterstellung der Mietleitungen unter die Interkonnektion ist ersatzlos zu streichen.
- Der heutige Rechtsschutz gegenüber Verfügungen von BAKOM und ComCom ist nicht einzuschränken.
- Die WEKO wird neu für alle wettbewerbsrechtlichen Fragen (auch für die heute im FMG geregelten Belange) als zuständig erklärt.

Eine Übersicht über sämtliche aus der Sicht von Swisscom vorzunehmenden Änderungen des FMG und seiner Ausführungsbestimmungen ist in **Beilage 4** enthalten.

## 2 Hauptpunkte

### 2.1 Kein Regulierungsbedarf

Im Vernehmlassungsentwurf für die Revision des FMG und seiner Ausführungsbestimmungen werden u.a. die folgenden wichtigen Änderungen vorgeschlagen:

- zusätzliche Verpflichtungen für Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung (neue Zugangsregulierung: ULL, umfassende Regulierung des Zugangs zu den Mobilfunknetzen; Interkonnektion von Mietleitungen) sowie
- erweiterte Eingriffsmöglichkeiten der Regulierungsbehörden (ex-ante Eingriffe).

Diese Massnahmen würden die weitere Entwicklung der Telekommunikationsmärkte in der Schweiz beeinträchtigen.

Mit den vorgeschlagenen Änderungen soll in erster Linie die schweizerische Fernmeldeordnung an den neuen EU-Rechtsrahmen angepasst werden (vgl. dazu S. 2 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision). Der autonome Nachvollzug des EU-Rechts kann jedoch kein selbständiges Ziel der schweizerischen Telekommunikationspolitik sein. Massstab für die Weiterentwicklung der Fernmeldeordnung sind vielmehr die in Art. 1 FMG formulierten Ziele (Sicherstellung der flächendeckenden Grundversorgung, Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs). Bevor neue Regulierungsmassnahmen eingeführt werden, müssen die zuständigen Behörden deshalb nachweisen, dass

- die Ziele des FMG nicht oder nur ungenügend erreicht wurden,
- die Regulierungsinstrumente des FMG und des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen und
- die geplanten Massnahmen besser geeignet wären, diese Ziele zu erreichen.

Gleichzeitig müssen die Auswirkungen der vorgeschlagenen Massnahmen umfassend abgeklärt werden, um unerwünschte Konsequenzen zu vermeiden.

Die Frage, ob heute überhaupt regulatorischer Handlungsbedarf besteht, wurde in der bisherigen öffentlichen Diskussion vernachlässigt. Die von uns erstellte ökonomische Gesamtschau zur Beurteilung des regulatorischen Handlungsbedarfs (**Beilage 1**) nimmt diese Fragen auf und kommt zusammenfassend zu folgenden Ergebnissen:

- Die vom BAKOM beim Wissenschaftlichen Institut für Kommunikationsdienste (WIK) in Auftrag gegebene Studie, die Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf wie auch die eigenen Analysen von Swisscom ergeben übereinstimmend, dass das heutige FMG erfolgreich umgesetzt wird. Die Zielerreichung ist als gut zu bezeichnen und es besteht heute (mit Blick auf die Vergangenheit und die aktuelle Lage) kein Grund, eine Revision des Rechtsrahmens für den Telekommunikationssektor im vorgeschlagenen Ausmass vorzunehmen.
- Das Zusammenspiel zwischen sektorieller Regulierung (FMG) und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht (KG, PüG, UWG) funktioniert gut. Die vorgesehene Verschiebung von Kompetenzen in Richtung der sektoriell zuständigen Regulierungsbehörden (BAKOM, ComCom) drängt sich nicht auf.
- Die im erläuternden Bericht zur FMG-/FDV-Revision und in der WIK-Studie geäusserten Befürchtungen, wonach sich die Situation besonders bezüglich der Wettbewerbsverhältnisse in dem für die Entwicklung der Informationsgesellschaft wichtigen Breitbandmarkt verschlechtern könnte und deshalb die Einführung der oben genannten Massnahmen – im Sinne einer präventiven Regulierung – nötig sei, sind angesichts der ungebrochenen Dynamik des Breitbandmarktes in der Schweiz nicht nachvollziehbar. Die aktuellen

Entwicklungen mit dem rasanten Wettlauf zwischen den Kabelfernsehbetreibern (u.a. Cablecom) sowie Swisscom und Dritten zeigen, dass gerade im Breitbandmarkt nachhaltiger Wettbewerb herrscht und deshalb eine staatliche Intervention unnötig und schon gar nicht dringend ist.

- Wissenschaftliche Untersuchungen und internationale Erfahrungen machen deutlich, dass die vorgesehene „Regulierung auf Vorrat“ (neue Zugangsregulierung und ex-ante Regime) beträchtliche Risiken in sich birgt. Von den vorgesehenen Massnahmen sind sogar negative Auswirkungen auf die Entwicklung des Marktes und letztlich eine Verschlechterung der Zielerreichung zu befürchten. Diese skeptische Beurteilung beruht insbesondere auf der Erkenntnis, dass die vorgesehenen Massnahmen zwar kurzfristig allenfalls den Dienstewettbewerb stimulieren könnten, die Investitionen in neue Technologien und Dienste gleichzeitig aber gehemmt werden, was den nachhaltigen Infrastrukturwettbewerb negativ beeinflussen würde.
- Im Vernehmlassungsentwurf werden die Auswirkungen der vorgeschlagenen Re-Regulierungen zu wenig gründlich analysiert und es fehlt ein Nachweis der angeblich positiven Effekte.

### Fazit

Für den vorgeschlagenen Ausbau der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung besteht kein Bedarf.

## 2.2 Die geplante Zugangsregulierung

### 2.2.1 Ausdehnung der sektorspezifischen Regulierung wäre rechtsstaatlich und wirtschaftspolitisch fragwürdig

Kernstück der FMG-Revision ist die beabsichtigte Zugangsregulierung. Sechs Jahre nach der Liberalisierung würde damit die heutige, klar umschriebene Verpflichtung zur Interkonnektion (= *Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht* [Art. 3 Bst. e FMG]) auf eine umfassende Regulierung der gesamten Vorleistungsebene (= *Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten zur Erbringung von Fernmeldediensten für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten* [Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> des FMG-Entwurfes]) ausgedehnt. Ein wichtiger Anwendungsfall des neuen Zugangsregimes wäre sicher die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses. Daneben sollen aber auch der Wiederverkauf von Diensten sowie das Betreiben von virtuellen Mobilfunknetzen (MVNO) gefördert und die Mietleitungen erfasst werden (vgl. dazu Ziff. 1.1.2.1 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision).

Die auf Gesetzesstufe vorgeschlagene Zugangsverpflichtung ist völlig offen und sehr unbestimmt formuliert. Eine Beschränkung auf den Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen und Diensten sucht man vergeblich. Die möglichen Verpflichtungen für marktbeherrschende Anbieterinnen sollen gemäss dem erläuternden Bericht zur FMG-Revision in Anlehnung an die EU-Zugangsrichtlinie neben den bereits genannten Verpflichtungen namentlich den Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen, den Zugang zu physischen Infrastrukturen wie Gebäuden, Leitungen und Masten, den Zugang zu einschlägigen Softwaresystemen, einschliesslich Systemen für die Betriebsunterstützung, sowie den Zugang zu Fest- und Mobilfunknetzen umfassen. Die heutige Interkonnektion würde nur noch einen Sonderfall des Zugangs darstellen (vgl. Ziff. 2.1.1 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision). Die behördlichen Eingriffsmöglichkeiten sind damit weitgehend konturenlos und vermögen den Anforderungen an die Bestimmtheit, welche eine ausreichende ge-

setzliche Grundlage erfüllen muss, keineswegs zu genügen. Selbst wenn der Bundesrat auf Verordnungsstufe noch wesentliche Präzisierungen vornehmen sollte, wird die Konkretisierung dieser Zugangsverpflichtung weitgehend der Rechtsanwendung der ComCom überlassen sein. Die Beantwortung wichtiger Fragen der Rechtsanwendung zu überlassen, wäre aber rechtsstaatlich und wirtschaftspolitisch äusserst bedenklich.

### **2.2.2 Zugangsregulierung würde zu einer Abkoppelung des Telekommunikationsbereiches vom allgemeinen Wettbewerbsrecht führen**

Mit Ausnahme der Interkonnectionsstreitigkeiten, deren Behandlung in der Zuständigkeit der ComCom liegt, ist für die Bekämpfung missbräuchlichen Verhaltens im Bereich der Vorleistungen heute grundsätzlich die WEKO zuständig. Neu soll dafür die ComCom zuständig werden. Diese Kompetenzverschiebung würde zu einer Abkoppelung des Telekommunikationsbereiches vom allgemeinen Wettbewerbsrecht führen. Es besteht damit das Risiko, dass vergleichbare ökonomische Sachverhalte unterschiedlich geregelt würden. Eine fehlende „*unité de doctrine*“ würde der Stabilität des Rechtssystems nicht zuträglich sein. Durch das breite Anwendungsgebiet des Wettbewerbsrechts auf alle Wirtschaftssektoren besteht heute eine umfangreiche Praxis der allgemeinen Wettbewerbsbehörden (WEKO und Preisüberwacher) und damit eine gewisse Rechtssicherheit und Planbarkeit sowie Transparenz. Zudem ist gerade die WEKO in letzter Zeit mit raschen und wirksamen Entscheiden in Erscheinung getreten (z.B. bei den vorsorglichen Massnahmen gegen Swisscom im Bereich der ADSL-Dienste oder mit der Eröffnung eines Sanktionsverfahrens im Zusammenhang mit einer einvernehmlichen Regelung bezüglich Werbebeilagen in Rechnungssendungen, vgl. Pressemitteilung der WEKO vom 7.5. bzw. 27.8.2002, [www.wettbewerbskommission.ch](http://www.wettbewerbskommission.ch))<sup>1</sup>. Die bevorstehende Verschärfung des Kartellgesetzes wird es der WEKO ferner erlauben, noch entschiedener gegen Verstösse einzuschreiten.

Ferner würde diese neue Zuständigkeitsordnung die Grundlage für eine dauerhafte sektorspezifische Regulierung der Telekommunikation bilden und damit deren laufenden Abbau und ihre Überführung ins allgemeine Wettbewerbsrecht verhindern. Statt die bestehende Bürokratie im Telekommunikationsbereich zugunsten der allgemeinen Wettbewerbsbehörden abzubauen, hätte die vorgeschlagene Regelung den Ausbau der sektorspezifischen Regulierungsbürokratie und damit staatliche Ineffizienz zur Folge, die sich auf die Entwicklung des gesamten Telekommunikationsbereichs negativ auswirken würde.

### **2.2.3 ULL würde die Investitionsanreize aller Infrastrukturanbieterinnen reduzieren**

Die Entbündelungsregulierung drängt sich nach Auffassung der Behörden auf, weil sich in den letzten Monaten die Dynamik im Bereich der klassischen Telefondienste deutlich verringert habe. Für die künftige Entwicklung im Breitbandbereich sei deshalb eine zusätzliche Regulierung nötig. Der breitbandige Internetzugang verbreite sich weniger rasch als erhofft. Im Markt bestünden nach wie vor nicht gleich lange Spiesse, da Swisscom auf eine Infrastruktur zurückgreifen könne, die andere Unternehmen nur unter hohen Kosten aufbauen könnten. Alternative Infrastrukturen würden sich zudem langsamer als erwartet entwickeln. Schliesslich würden dem Regulator wichtige Instrumente zur Förderung wirksamen Wettbewerbs fehlen (vgl. etwa Ziff. 1.1 des erläuternden Berichts zur FDV-Revision). Dem ist entgegenzuhalten, dass in der Schweiz der für die Informationsgesellschaft zentrale Ausbau der Breitbandinfrastrukturen im Wettbewerb zwischen Swisscom, den Kabelnetzbetreibern und anderen Anschlussinfrastrukturanbietern erfolgt. Die Regulierung der „letzten Meile“ würde diesen Prozess erheblich beeinträchtigen: Ein Infrastrukturanbieter hätte kaum Anreize, seine Infrastruktur aufzurüsten, wenn er befürchten müsste, die teuer umgebauten Leitungen zu regulierten Bedingungen und ohne angemessene Abgeltung seines Investitionsrisikos einem „Trittbrettfahrer“ abgeben zu müssen. Im Gegensatz zu den Marktkräften sind Behörden bei Eingriffen nämlich kaum in der Lage, Investitionsrisiken angemessen zu berücksichtigen. Dadurch würden die Investitionsanreize aller potenziellen

---

<sup>1</sup> Nur der Vollständigkeit halber sei hier angefügt, dass sektoriell unterschiedliche Wettbewerbsregeln (z.B. die unterschiedliche Auslegung des Begriffs der Marktbeherrschung) auch Ressourcen-Fehlallokationen zwischen Sektoren zur Folge haben können.

Infrastrukturanbieter erheblich reduziert. Aus diesem Grund würde eine solche Regulierung die Entwicklung der Informationsgesellschaft unnötig bremsen. Davon betroffen wären vor allem die Randregionen, wo die Kosten (und das Risiko) für den Netzausbau im Durchschnitt höher sind als in urbanen Gebieten.

Gewähr für eine nachhaltige Breitbandentwicklung bietet nicht eine ULL-Regulierung, sondern vielmehr ein wirksamer Infrastrukturwettbewerb zwischen Telekom-, Kabelnetz- und anderen Breitbandanschlussanbietern. Die Länder mit der höchsten Breitbandpenetration (Südkorea, Kanada und Schweden) haben keine oder nur sehr wenig entbündelte Anschlüsse. In Südkorea, dem Land mit der höchsten Breitbandpenetration, erfolgte der Aufbau einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur ohne regulierte Entbündelung. Kanada liegt bei der Anzahl Breitbandanschlüsse an zweiter Stelle, hat aber die Entbündelungsverpflichtung klar auf Bereiche ohne wirksamen Infrastrukturwettbewerb beschränkt und kommt daher lediglich auf eine Entbündelungsrate von 4%. Die Entbündelungsrate in Schweden beträgt gar nur 0,4%. In den USA, wo mit dem Telecommunications Act aus dem Jahr 1996 eine mit der vorliegenden Revisionsvorlage vergleichbare Entbündelungsregelung eingeführt wurde, ist die Breitbandpenetration relativ gering. Hingegen ist der Wettbewerb zwischen Kabel- und Telekommunikationsnetzanbietern völlig verzerrt. Diese für die Entwicklung der amerikanischen Informationsgesellschaft sehr negative Situation veranlasste die Regulierungsbehörde (Federal Communications Commission; FCC) dazu, einen Marschhalt einzulegen und die geltende Entbündelungsregelung kritisch zu überprüfen. Der entsprechende Bericht legt nahe, dass ULL schädliche Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft und die Marktdynamik haben kann<sup>2</sup>.

Aufgrund der Tatsache, dass das grösste Telekommunikationsunternehmen (Swisscom) nicht gleichzeitig Kabelfernsehnetze besitzt, verfügt die Schweiz im europäischen Vergleich über eine hervorragende Ausgangslage für einen dynamischen und nachhaltigen Wettbewerb bei den Breitbanddiensten. Die WIK-Studie will in der Situation in Deutschland einen Beleg dafür sehen, dass die Entbündelung zu einer massiven Steigerung des Breitbandwachstums geführt habe. Sofern diese Feststellung überhaupt zutrifft, kommt ihr – wie das Beispiel Dänemark zeigt – keine Allgemeingültigkeit zu: Trotz vorgezogener ex-ante Entbündelungsregulierung (seit Ende 1998) liegt Dänemark bei der Breitbanderschliessung im europäischen Vergleich hinter der Schweiz zurück (vgl. dazu **Beilage 1**, Abbildung 5). Die Kontrolle von rund 60% der Fernsehkabelanschlüsse durch die führende Telekommunikationsfirma TDC scheint für die Breitbandentwicklung hinderlich zu sein (kein wirksamer Wettbewerb zwischen Telekommunikations- und Kabelnetzanbietern), während ULL offensichtlich keine spürbar belebende Wirkung zu erzeugen vermochte. Vor diesem Hintergrund scheint die Entwicklung der Breitbanddienste in der Schweiz keineswegs gefährdet. Vielmehr legen die ökonomische Literatur und die negativen Erfahrungen in den USA den Schluss nahe, dass ein System mit funktionierendem Infrastrukturwettbewerb – wie dasjenige, welches wir heute in der Schweiz haben – einem Entbündelungsregime überlegen ist.

Aus industrie-ökonomischer Sicht kann man sich für die Marktentwicklung in einem für Netzinfrastrukturen typischen Umfeld, in welchem regelmässig hohe Investitionen aber tiefe Grenzkosten anfallen, letztlich kaum ungünstigere Rahmenbedingungen vorstellen, als die im Revisionsentwurf vorgeschlagene ULL-Regulierung. Die Aussicht auf kostenorientierten Zugang zu Breitbandinfrastrukturen wird die Diensteanbieterinnen veranlassen zu warten, bis die Infrastrukturanbieter die erforderlichen Investitionen getätigt haben. Unter solchen regulatorischen Bedingungen sind aber die Investitionsanreize der Infrastrukturanbieter gering. Diese müssten das gesamte Investitionsrisiko tragen, würden aber wegen der Entbündelungsverpflichtung zu bloss kostenorientierten Bedingungen dafür keine ausreichende Kompensation erhalten. Langfristig von besonderer Bedeutung ist, dass ohne entsprechende Kompensation auch die Mittel fehlen werden, um in die Forschung und die weitere Entwicklung der Infrastruktur zu investieren. Der Staat tritt in anderen Branchen bei stark risikobehafteten Situationen als Investitionsförderer auf, indem z.B. mit Patenten ein Investitionsschutz gewährt

---

<sup>2</sup> Vgl. Federal Communications Commission DA 02-991, Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers, oder FCC News, December 12, 2001, Federal Communications Commission Initiates Review of Local Phone Network Unbundling Policies ([http://ftp.fcc.gov/Bureaus/Common\\_Carrier/News\\_Releases/2001/nrcc0150.html](http://ftp.fcc.gov/Bureaus/Common_Carrier/News_Releases/2001/nrcc0150.html)).

wird. Die geplante Entbündelungsverpflichtung würde demgegenüber im Telekommunikationsmarkt genau das Gegenteil bewirken und letztlich die künftige FMG-Zielerreichung gefährden.

#### 2.2.4 ULL-Preisberechnung ist unklar – Kosten-Dilemma bleibt ungelöst

Im Zentrum des geplanten ULL-Regimes steht zweifellos die Preisregulierung. Eine solche Massnahme stellt aber das schärfste wirtschaftspolitische Instrument dar, das dem Gesetzgeber überhaupt zur Verfügung steht. Dadurch wird der zentrale Mechanismus jeder Marktwirtschaft – der Preis – ausser Kraft gesetzt. Die Beschränkung des Preisfestsetzungsspielraums auf die Kosten verunmöglicht dem betroffenen Unternehmen systematisch, Gewinne zu erzielen. Aus ökonomischer Sicht ist aber gerade die Gewinnaussicht das zentrale Element der Marktdynamik. Unternehmen sind letztlich nur dann bereit, das Risiko von Investitionen in die Entwicklung von neuen Produkten und Diensten auf sich zu nehmen, wenn sie angemessene Gewinne erwarten können. In der Lehre wird daher davon ausgegangen, dass Regelungen, die den Unternehmen die Gewinnaussichten konsequent nehmen, mit der durch die Bundesverfassung (BV) gewährleisteten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 BV) nicht zu vereinbaren sind (vgl. etwa RENÉ A. RHINOW, in: AUBERT ET AL. (Hrsg.), Kommentar zur aBV, Basel/Bern/Zürich 1991, Art. 31<sup>septies</sup> aBV, Rz. 24; PAUL RICHLI, Zum Gesetzgebungsauftrag für die Preisüberwachung, ZSR 1984 I, 69). Der systematische Entzug von Gewinnchancen – etwa indem Preiserhöhungen auf nachgewiesene Kostensteigerungen beschränkt werden – wäre auch mit der Eigentumsgarantie nicht zu vereinbaren (vgl. RHINOW, Rz. 24; RICHLI, S. 66). Entsprechend verbietet die Verfassung eine kostenorientierte Preisregulierung weitgehend. Zulässig kann der Einsatz dieses Instruments höchstens in Ausnahmefällen sein und nur gerade soweit, als es das Verhältnismässigkeitsprinzip erlaubt.

Daraus ergibt sich, dass im Falle einer ULL-Verpflichtung verfassungsrechtlich und wettbewerbsökonomisch nur eine Preisberechnung nach den Grundsätzen der so genannten LRIC-Methode (Art. 45 FDV) zulässig wäre. Diese Methode ist international und in der Schweiz etabliert und bietet – bei bereits bestehender Infrastruktur – am besten Gewähr für möglichst wettbewerbsähnliche Anreize aller Betroffenen. LRIC-basierte Preise für die Netzmitbenutzung erlauben insbesondere den alternativen Anbieterinnen einen fairen Entscheid zwischen eigenen Infrastrukturinvestitionen und dem (kostenorientierten) Benutzen der Infrastruktur der verpflichteten Anbieterin („Make or buy“-Entscheid).

Gemäss dem erläuternden Bericht zur FDV-Revision würde die verpflichtete Anbieterin von Entbündelungsdienstleistungen wegen der vorgeschriebenen Anwendung des LRIC-Modells für alle mit der Entbündelung zusammenhängenden Kosten, inkl. eines angemessenen Kapitalertrages, vollständig entschädigt. Deshalb behindere die Entbündelung auch nicht eine Aufrüstung der Netze (vgl. Ziff. 1.3 des erläuternden Berichts zur FDV-Revision). Diese Aussagen sind für bestehende Infrastrukturen richtig. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen müsste aber bei neu gebauten Netzelementen (z.B. fibre in the local loop) zusätzlich das Investitionsrisiko der verpflichteten Anbieterin abgegolten werden. Dieser „Investitionsschutz“ müsste es der verpflichteten Anbieterin ermöglichen, die Investitionen zu amortisieren und Mittel für künftige risikobehaftete Investitionen zu erarbeiten.

Ob bei einer LRIC-Preisberechnung im konkreten Anwendungsfall die mit der Entbündelung zusammenhängenden Kosten der verpflichteten Anbieterin tatsächlich gedeckt würden und gleichzeitig auch ein angemessener Kapitalertrag realisiert werden könnte, ist allerdings höchst ungewiss. Swisscom hat im Rahmen eines Grossprojektes bereits auf Ende 1999 das LRIC-Kostenberechnungsmodell implementiert und seither gestützt darauf die den anderen Anbieterinnen für die Interkonnectionsdienstleistungen in Rechnung gestellten Preise berechnet. Verbindliche Aussagen von BAKOM und ComCom oder des Bundesgerichtes, welche den Inhalt der einschlägigen Bestimmungen in einer Verfügung oder in einer Gerichtsentscheid verdeutlichen würden, sind allerdings bis heute ausstehend und werden es in nächster Zeit wohl auch bleiben. Die aufgrund entsprechender Gesuche von TDC Switzerland und MCI Worldcom bereits im Frühjahr 2000 eröffneten Interkonnectionsverfahren sind bei BAKOM und ComCom immer noch hängig und werden dieses Jahr kaum ab-

geschlossen werden können (vgl. dazu **Beilage 3**). Es ist deshalb zum heutigen Zeitpunkt völlig unklar, zu welchen Resultaten eine ULL-Preisberechnung nach der LRIC-Kostenberechnungsmethode führen würde.

Art. 58 Abs. 3 FDV hält zudem fest, dass die ComCom im Streitfall die Interkonnectionspreise aufgrund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten verfügt, wenn die verpflichtete Anbieterin die Einhaltung der Kostenorientierung nach Art. 45 FDV nicht nachweisen kann. Mit ihrer wiederholten und dezidierten Forderung nach Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitungen von Swisscom haben BAKOM und ComCom bei den alternativen Anbieterinnen grosse Erwartungen geweckt, die nach Einführung einer ULL-Verpflichtung im Streitfall nur durch die Anordnung möglichst tiefer ULL-Preise erfüllt werden könnten. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass BAKOM und ComCom an den bekanntlich sehr komplexen Nachweis der Einhaltung der Kostenorientierung hohe Anforderungen stellen und deshalb relativ rasch bereit sein werden, ULL-Preise aufgrund von blossen Vergleichswerten (Benchmarks) festzulegen. Bei solchen Benchmarks werden in der Regel nicht die in anderen Staaten nach den Grundsätzen der Kostenorientierung errechneten, sondern vielmehr die von anderen Regulierungsbehörden festgelegten Preise, d.h. letztlich politisch regulierte Preise, verglichen. Hinzu kommt, dass sich bei solchen Benchmarks die Preisfestsetzung jeweils nicht an Durchschnittswerten, sondern in Anlehnung an das von der EU-Kommission angewandte „Best practice“-Prinzip vielmehr an den tiefsten Preisen orientiert. Es ist mit anderen Worten zu befürchten, dass BAKOM und ComCom im Falle einer ULL-Verpflichtung Preise verfügen werden, die mit einer echten Kostenorientierung nichts zu tun haben.

Unklar ist auch das Verhältnis allfälliger ULL-Preise zu den entsprechenden Endkundenpreisen. Der Bundesrat hat bekanntlich im Rahmen der Grundversorgung (GV) für analoge und digitale Anschlüsse Preisobergrenzen (ohne MWSt) von CHF 23.45 und Fr. 40.– pro Monat festgelegt (Art. 26 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 und 3 FDV). Das Bundesgericht hat nun in BGE 2A.270/2000 festgehalten, dass die GV-Preisobergrenze für den Zuschlag für die Benützung einer öffentlichen Sprechstelle auch bei der Festlegung der Vergütung von entsprechenden Interkonnectionsdienstleistungen zu beachten ist. Es ist deshalb zu befürchten, dass die erwähnten GV-Preisobergrenzen für Teilnehmeranschlüsse auch bei der Berechnung der entsprechenden ULL-Preise (insbesondere für den Full Access) massgebend wären und zur Sicherstellung genügend grosser Margen für die alternativen Anbieterinnen ULL-Preise unter den GV-Preisobergrenzen festgelegt würden. Erschwerend kommt in diesem Zusammenhang hinzu, dass für die Berechnung eines allfälligen GV-Investitionsbeitrages zur Deckung der ungedeckten Nettogesamtkosten nicht wie bei der Festlegung von Interkonnectionspreisen die Wiederbeschaffungskosten, sondern historische Kosten (Buchwerte) massgebend wären (vgl. dazu Art. 18 Abs. 1 Bst. b und Art. 45 Abs. 2 letzter Satz FDV). Swisscom würde mit anderen Worten bei dieser Konstellation für ihre ULL-Dienstleistungen keine kostenorientierten Preise im Sinne der LRIC-Methode erhalten.

Um Infrastrukturwettbewerb im Anschlussbereich nicht vollständig zu verzerren, müssten – wie oben gezeigt – die Preise für Entbündelungsdienste auf der LRIC-Kostenberechnungsmethode beruhen sowie bestehende und neue Infrastrukturen bzw. Dienste unterschiedlich behandelt werden. Bei richtiger Anwendung des Modells kämen solche Preise aber über den politisch festgesetzten Preisobergrenzen für GV-Anschlüsse zu liegen. Die Mitbewerber der verpflichteten Anbieterin wären daher kaum in der Lage, basierend auf entbündelten Leitungen konkurrenzfähige Angebote zu realisieren. Zu Monopolzeiten war es erwünscht, dass die Einnahmen aus den Gesprächstaxen (auch) zur Quersubventionierung der Telefonanschlüsse verwendet wurden, weil nur so einheitliche Anschlusspreise für alle Kunden in sämtlichen Regionen möglich waren. Intensiver Wettbewerb infolge der Liberalisierung und des Interkonnectionsregimes hat in der Zwischenzeit für tiefere Verkehrspreise gesorgt, während die Anschlusspreise bedingt durch die entsprechende GV-Preisobergrenze auf dem ursprünglichen (tiefen) Niveau verharrten. Das Tiefhaltens der Anschlusspreise bewirkt, dass sich Investitionen in den Bau alternativer Anschlussnetze kaum lohnen. Die Diskrepanz zwischen der bestehenden Kostenunterdeckung bei den Anschlüssen resp. den aus politischen Gründen zu tief gehaltenen GV-Anschlusspreisen und einer sachgerechten Entschädigung gemäss LRIC könnte letztlich nur behoben werden, wenn für ULL tatsächlich kostendeckende Preise verlangt werden könnten und die Preisobergrenzen für den (GV-) Anschluss mindestens auf die Höhe der Wiederbeschaffungskosten angehoben würden. Nur so liessen sich be-

stehende Wettbewerbsverzerrungen bei der Anschlussinfrastruktur vermeiden und Investitionen in existierende und alternative Infrastrukturen im Sinne eines effizienten „Make or buy“-Entscheidung fördern. In den meisten Nachbarländern konnte infolge dieses als „Rebalancing“ bekannten Prozesses denn auch seit der Einführung einer Entbündelungsverpflichtung ein Anstieg der Anschlussgebühren beobachtet werden (vgl. dazu auch die WIK-Studie, Anhang V, Abb. 3 und 4). Dies dürften aber kaum die Konsequenzen sein, welche sich die Konsumenten von einer angeblichen „Wettbewerbsförderung“ erhoffen.

Aufgrund der Tatsache, dass auf dieses Kosten-Dilemma in der Vernehmlassungsvorlage mit keinem Wort eingegangen wird, ist zu befürchten, dass das Problem einseitig auf Kosten von Swisscom „gelöst“ würde. Politisch dürfte nämlich eine Anhebung der GV-Preisobergrenzen für Anschlüsse kaum in Frage kommen.

### 2.2.5 Zugangsregulierung würde sich negativ auf den Mobilfunkmarkt auswirken

Die Liberalisierung der Mobilfunkmärkte ist ein voller Erfolg. Seit ihrem Markteintritt haben die zwei neuen Mobilfunkanbieterinnen je ca. eine Million Kunden gewonnen. Der Wettbewerb hat die Mobilfunkpenetration in der Schweiz auf 77% ansteigen lassen, ein Wert, mit welchem die Schweiz im europäischen Vergleich zu den Spitzenreitern gehört (vgl. Medienmitteilung des BAKOM vom 3.9.2002 zur Konsultation für zusätzliche Mobilfunkfrequenzen). Die Kunden können zwischen drei Anbieterinnen auswählen und profitieren von sinkenden Preisen, innovativen Diensten und vergünstigten Endgeräten. Als Folge des Wettbewerbsdrucks haben die Anbieterinnen stark in die technologische Entwicklung der Netze investiert und ihre Angebote sowohl für die Sprachtelefonie wie auch für die Datenkommunikation stark ausgeweitet (HSCSD, GPRS, WAP, standortgebundene Dienste, MMS etc.). Auch für die Zukunft scheint der Mobilfunk in der Schweiz gut gerüstet zu sein: In einem kürzlich von der ITU publizierten Report *„Internet for a Mobile Generation“*, in welchem das Umfeld und die Chancen für das „mobile Internet“ untersucht wurde, liegt die Schweiz auf Rang 4 von über 200 untersuchten Märkten<sup>3</sup>.

Durch die geplante Zugangsregulierung würde auch der Mobilfunk negativ betroffen, indem Dritte (sog. Mobile Virtual Network Operator [MVNO] oder Service Provider), welche keine Pflicht übernommen haben, ein Netz aufzubauen, unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf kostenorientierten Netzzugang bzw. Wiederverkauf von Mobilfunkdiensten erhalten würden. Dies wäre ein starker Eingriff in die Position der betroffenen Unternehmen und würde sich negativ auf deren Investitionstätigkeit auswirken. Im Extremfall könnte eine solche Verpflichtung sogar zu Marktaustritten führen. Trotzdem wird die Notwendigkeit einer solchen Regulierung in den Erläuterungen zu Art. 11 des FMG-Entwurfes nicht näher begründet. Im allgemeinen Teil des erläuternden Berichts zur FMG-Revision (S. 4) findet sich lediglich der Hinweis, dass *„nach Auffassung des WIK im Mobilfunkbereich der Anspruch auf Netzzugang für den Wiederverkauf von Diensten oder für das Betreiben von virtuellen Netzen (MVNO) garantiert werden“* müsste. Dieser von der deutschen Regulierung geprägte Vorschlag wurde ohne kritische Prüfung in die Vorlage übernommen.

Namentlich wurde der Entscheid der WEKO vom 3. Dezember 2001 betreffend die Untersuchung des Mobilfunkmarktes (vgl. RPW 2002/1 97 ff.) dabei offensichtlich nicht berücksichtigt. Die WEKO ist darin zum Schluss gekommen, dass der Wettbewerb im Mobilfunkmarkt spielt. Ebenfalls nicht erwähnt wird, dass im Jahre 2000 für Interessierte die Möglichkeit bestanden hatte, eine GSM-Konzession zu erwerben und selber ein GSM-Netz aufzubauen, sich aber ausser den bestehenden GSM-Betreibern letztlich niemand für die noch freien Frequenzen interessierte.

Unter diesen Umständen erscheint es nicht sinnvoll, nunmehr einen Anspruch von MVNO auf Netzzugang bzw. von Service Provider auf Wiederverkauf zu verankern. Für die geplante Zugangsregulierung besteht somit auch aus Sicht des Mobilfunkmarktes kein Bedarf. Die weitere Entwicklung des zukunftssträchtigen Mobil-

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu [www.itu.int/newsroom/press\\_releases/2002/20.html](http://www.itu.int/newsroom/press_releases/2002/20.html).

funkmarktes würde durch eine solche Regulierung nur unnötigerweise gefährdet. Im Falle von Marktversagen genügt das Instrumentarium des geltenden Wettbewerbsrechts.

### **2.2.6 Zusätzliche sektorspezifische Regulierung der Mietleitungen ist unnötig**

Auch bei der Unterstellung der Mietleitungen unter das Interkonnektionsregime handelt es sich um einen Anwendungsfall der geplanten Zugangsregulierung. Die Ausführungen zur Zugangsregulierung gelten deshalb vollumfänglich auch für die Regulierung der Mietleitungen. Im erläuternden Bericht zur FDV-Revision (Ziff. 1.2) wird unter Berufung auf ein Gutachten der WEKO vom 7. Februar 2000 (vgl. RPW 2000/1 70 ff.) festgestellt, dass sich die angebliche Marktbeherrschung von Swisscom bei Mietleitungen im Anschlussnetz auf den gesamten Mietleitungsmarkt auswirke. Unseres Erachtens würden diese Feststellungen, die nicht näher begründet werden, allenfalls dann zutreffen, wenn sich Swisscom beim Mietleitungsangebot missbräuchlich verhalten würde. Bei Mietleitungen bestehen aber marktgerechte Angebote sowohl zu Endkunden- wie zu Wiederverkaufskonditionen. Diese Feststellung hat auch die WEKO bestätigt, indem sie Swisscom attestierte, dass ihr kein missbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden kann (vgl. dazu den Schlussbericht der WEKO vom 31.8.1999 i.S. Swisscom: Angebot von Mietleitungen; RPW 1999/3 375ff.).

Strittig ist bei den Mietleitungen in der Regel einzig der Preis. Sollten sich die Mietleitungspreise tatsächlich als unangemessen hoch oder die übrigen Konditionen (z.B. Lieferfristen, Qualität etc.) als missbräuchlich herausstellen, reichen zur Korrektur die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts (KG, PüG) vollkommen aus. Bei einer Unterversorgung mit Mietleitungen hat die ComCom als Konzessionsbehörde zudem die Möglichkeit, eine Anbieterin zu verpflichten, in ihrem Gebiet Mietleitungen nach internationalen Normen zu kostenorientierten Preisen anzubieten (vgl. Art. 12 FMG und Art. 14 f. FDV). Es erübrigt sich somit, Mietleitungen einem verschärften sektorspezifischen Zugangsregime zu unterstellen.

### **2.2.7 Fazit**

Das Zugangskonzept würde eine erhebliche Ausweitung der bisherigen IC-Verpflichtungen bedeuten und hätte gravierende negative Auswirkungen auf den Fix- und den Mobilbereich.

Mit dem vorgeschlagenen Ausbau der Kompetenzen der Regulierungsbehörden würden die heutigen Zuständigkeiten der WEKO in den Telekommunikationsmärkten weitgehend aufgehoben und der Telekommunikationsbereich von den übrigen Wirtschaftssektoren wirtschaftspolitisch praktisch abgekoppelt. Eine einheitliche wettbewerbsrechtliche Praxis wäre damit in Frage gestellt.

Die Verpflichtung zur Entbündelung des Teilnehmeranschlusses würde die Investitionsanreize aller Infrastrukturanbieter reduzieren und sich deshalb auf die Entwicklung der Informationsgesellschaft nachteilig auswirken.

Die Vernehmlassungsvorlage lässt das Kosten-Dilemma ungelöst. Eine sach- und risikogerechte Entschädigung der zur Entbündelung verpflichteten Anbieterin für ihre Kosten und Investitionen wäre deshalb nicht sichergestellt.

Das geltende Wettbewerbsrecht genügt vollkommen, um allfällige Missbräuche beim Angebot von Mietleitungen zu unterbinden.

### 2.3 Vorgezogene Einführung von ULL und der Interkonnektion für Mietleitungen auf dem Verordnungsweg wäre gesetzeswidrig

Anlässlich seiner Aussprache vom 24. April 2002 hat der Bundesrat das UVEK damit beauftragt, bei der Vorbereitung der Vernehmlassungsvorlage für die Revision des FMG auch einen Entwurf für die vorgezogene Einführung der Entbündelung des Teilnehmeranschlusses in Form des Full Access, des Line Sharing und des Bitstream Access und einer zusätzlichen Regulierung von Mietleitungen auf Verordnungsstufe zu erarbeiten. Nachdem aber offenbar das Bundesamt für Justiz in einem verwaltungsinternen Gutachten Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit einer solchen Ordnungsrevision geäussert hatte, wurde das UVEK vom Bundesrat u.a. auch noch mit zusätzlichen rechtlichen Abklärungen betraut. Zu diesem Zweck wurde Frau Patrizia Danioth Halter, Rechtsanwältin, mit dem Erstellen eines weiteren Rechtsgutachtens beauftragt. Wie dem Tagesanzeiger vom 6. Juli 2002 entnommen werden konnte, hat auch Frau Danioth den Behörden davon abgeraten, „*die letzte Meile ohne Gesetzesänderung zu öffnen*“. Erstaunlicherweise wird dieser klare rechtliche Befund in den Vernehmlassungsunterlagen verschwiegen. Statt den vorgeschlagenen Verordnungsweg näher zu begründen, wird in Ziffer 1.4 des erläuternden Berichts zur FDV-Revision bloss festgehalten, bezüglich der Frage, ob ULL über eine Gesetzes- oder Ordnungsrevision erfolgen solle, habe der Bundesrat am 24. April 2002 den Vorentscheid gefällt, dass die Grundlage in Art. 11 FMG i.V. mit Art. 3 lit. e FMG für eine Umsetzung auf Verordnungsstufe genüge.

Mit einer vorgezogenen Einführung von ULL auf dem Verordnungsweg würde der Bundesrat die demokratischen Kompetenzen der Bundesversammlung und letztlich auch der Stimmberechtigten verletzen. Zu diesem Schluss gelangt auch Prof. Dr. Andreas Kley, Ordinarius für Staatsrecht der Universität Bern, der im Auftrag von Swisscom unter Berücksichtigung der neuesten Literatur und Rechtsprechung die Frage prüfte, ob das geltende FMG eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Entbündelung des Anschlussnetzes auf dem Verordnungsweg bieten würde. Gemäss diesem Gutachten (**Beilage 2**) präsentiert sich die Rechtslage wie folgt:

- Die Verpflichtung zur Entbündelung des Teilnehmeranschlusses würde zu schweren Eingriffen in die Grundrechte (Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit) der verpflichteten Anbieterin führen:
  - Beim „Full Access“ (Art. 1 Bst. e des FDV-Entwurfes) würde die verpflichtete Anbieterin den Zugang zum Kunden vollständig verlieren.
  - Beim „Line Sharing“ (Art. 1 Bst. d des FDV-Entwurfes) verbliebe nur die wenig lukrative schmalbandige Nutzung des Teilnehmeranschlusses (Sprachtelefondienst) bei der verpflichteten Anbieterin, die ökonomisch interessante Breitbandnutzung müsste den Konkurrenten abgetreten werden.
  - In seinen Auswirkungen besonders einschneidend wäre der „Bitstream Access“ (Art. 1 Bst. c des FDV-Entwurfes). Wie beim Line Sharing würde die verpflichtete Anbieterin auch bei dieser Entbündelungsform die lukrative Breitbandnutzung des Teilnehmeranschlusses vollständig an die Konkurrenten verlieren, ohne dass diese irgendwelche Vorinvestitionen tätigen müssten.
- Nach Art. 164 der BV sind alle wichtigen Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Darunter fallen insbesondere schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Bei den geplanten Entbündelungsvorschriften, handelt es sich zweifellos um wettbewerbspolitisch „*wichtige rechtssetzende Bestimmungen*“, die zudem in schwerwiegender Weise in Grundrechte eingreifen würden. Aufgrund der erheblichen finanziellen Folgen für die betroffenen Unternehmen und der wirtschaftspolitischen Bedeutung müsste eine solche Regulierungsmassnahme demokratisch ausdiskutiert und der Entscheid auf Gesetzesstufe getroffen werden. Wie der Presse kürzlich entnommen werden konnte, wird diese Auffassung bekanntlich auch von den beiden parlamentarischen Kommissionen für Verkehr und Fernmeldewesen (KVF) geteilt.

- Das geltende FMG vermag den genannten Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nicht zu genügen. Art. 3 und 11 FMG sind viel zu wenig bestimmt, um als Grundlage für eine Entbündelungspflicht zu dienen. Diese Bestimmungen enthalten nicht einmal den Grundsatz der Entbündelungspflicht, geschweige denn deren Grundzüge. Die geplante Entbündelung des Teilnehmeranschlusses kann deshalb nur über eine Revision des FMG realisiert werden.

Diese Feststellungen gelten auch für die geplante Interkonnektionspflicht für Mietleitungen. In seinem Grundsatzzurteil i.S. Comcare vs. Swisscom ist das Bundesgericht zu folgendem Schluss gelangt:

*„Es obliegt somit einzig dem Gesetzgeber und gestützt auf die entsprechende Delegation in Art. 11 Abs. 1 FMG, dem Bundesrat, als Verordnungsgeber, durch entsprechende Klarstellung im Gesetzes- bzw. im Verordnungstext darüber zu entscheiden, ob ein genügendes öffentliches Interesse daran besteht, die von der Interkonnektionspflicht bisher nicht erfassten Mietleitungen ... neu dem Interkonnektionsregime zu unterstellen ...“* (BGE 2A.503/2000, E. 11a).

Für die geplante Unterstellung der Mietleitungen unter die Interkonnektionspflicht genügt mit anderen Worten die vorgeschlagene FDV-Revision nicht, vielmehr müsste gleichzeitig der Gesetzgeber tätig werden.

#### **Fazit**

Die beabsichtigte vorgezogene Einführung von ULL und der Interkonnektion für Mietleitungen auf dem Verordnungsweg wäre gesetzeswidrig; mit ihr würde der Bundesrat die demokratischen Kompetenzen der Bundesversammlung und letztlich auch der Stimmberechtigten verletzen.

#### **2.4 Ex-ante Regulierung würde einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftspolitik widersprechen**

Neben den oben gezeigten weitreichenden materiellen Auswirkungen der Zugangsregulierung hätten die vorgeschlagenen ex-ante Kompetenzen auch gravierende institutionelle Konsequenzen bezüglich der heutigen Wettbewerbsordnung (FMG, KG).

Wie die bisherigen Erfahrungen zeigen, stellen sich hauptsächlich im Bereich der sog. Vorleistungen (= Wholesale-Dienstleistungen, die für das Erbringen von Fernmeldediensten gegenüber den Endkunden erforderlich sind) regulatorische/wettbewerbsrechtliche Probleme (z.B. Interkonnektionsstreitigkeiten, WEKO-Untersuchung i.S. ADSL-Preissenkung). Die heutige Regelung ist eine Missbrauchsgesetzgebung:

- Die WEKO greift – von der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen abgesehen – gegenüber einem marktbeherrschenden Unternehmen nur ein, wenn es sich missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG (z.B. bei der Diskriminierung von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen) verhält. Gleiches gilt im Übrigen für den Preisüberwacher, der gegen missbräuchliche Preise marktbeherrschender Unternehmen einschreitet.
- Im geltenden FMG wurde für die Umsetzung der Interkonnektion eine marktnahe Lösung gefunden: Die Interkonnektionsbedingungen sollen in erster Linie die Parteien einvernehmlich festlegen (sogenanntes Verhandlungsprimat). Erst wenn es zu keiner Einigung kommt, eröffnet die ComCom auf Gesuch hin ein Interkonnektionsverfahren. In diesem Verfahren gibt die WEKO zuhanden der ComCom jeweils ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung ab, welches die ComCom regelmässig ihren Entscheiden zugrunde legt (Art. 11 Abs. 3 FMG). Dieses Konzept hat sich bewährt; die Marktteilnehmer konnten in den allermeisten Fällen ohne behördlichen Eingriff eine Einigung erzielen.

Rund sechs Jahre nach der Liberalisierung soll nun diese marktnahe Regelung durch ein interventionistisches System abgelöst werden: Die ComCom soll unabhängig von einem konkreten Streitfall nach der Konsultation der interessierten Kreise und der WEKO in eigener Kompetenz die relevanten Märkte feststellen und die allenfalls marktbeherrschenden Unternehmen bestimmen können (Art. 10a des FMG-Entwurfes). Weiter müssten marktbeherrschende Unternehmen der ComCom neu ein Standardangebot für alle Zugangsdienstleistungen (inkl. Preise) zur Vorabgenehmigung unterbreiten. Die ComCom würde damit in die Lage versetzt, die Konditionen des Zugangs zu den für das Erbringen von Fernmeldediensten erforderlichen Einrichtungen und Diensten weitgehend selber zu bestimmen (Art. 11 Abs. 1<sup>bis</sup> des FMG-Entwurfes).

Die Einführung dieser ex-ante Regulierungskompetenzen wird im erläuternden Bericht zur FMG-Revision (Ziff. 1.1.2.2) damit begründet, dass diese zusätzliche Befugnis zur Schaffung stabiler rechtlicher und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen notwendig sei, um den konkurrierenden Anbieterinnen Investitionssicherheit gewährleisten zu können. Auch die WIK-Studie weise auf diese Situation hin und betone, die Interkonkurrenzverfahren nähmen zu viel Zeit in Anspruch. Der schweizerische Regulator solle zudem eine aktivere Rolle übernehmen, um den missbräuchlichen Verhaltensweisen der marktbeherrschenden Unternehmen bei Geschäftsverhandlungen entgegenzuwirken.

Eine nachvollziehbare Begründung für die Notwendigkeit dieses Regulierungsinstrumentes und eine Analyse der effektiv zu erwartenden Auswirkungen sind im erläuternden Bericht zur FMG-Revision aber nicht enthalten. Eine Veränderung der heutigen regulatorischen Rahmenbedingungen würde sich nur dann aufdrängen, wenn die im FMG gesetzten Ziele nicht erreicht worden wären. Dieser Nachweis wird nicht erbracht. Im Gegenteil bestätigt die vom BAKOM in Auftrag gegebene WIK-Studie, dass die Liberalisierung im Bereich der Festnetztelefonie erfolgreich verlaufen ist (vgl. WIK-Studie, Zusammenfassung S. 18). Im Bereich der Sprachtelefonie und des schmalbandigen Internetzugangs hat sich wirksamer Wettbewerb entfaltet. Beim breitbandigen (schnellen) Internetzugang hat die Liberalisierung zu wirksamem Infrastrukturwettbewerb geführt. Die Preise für diese Internet-Zugangsdienste sind ohne staatliche Eingriffe stark gesunken und liegen heute unter dem EU-Durchschnitt. Die vom BAKOM – anlässlich des Mediengesprächs vom 25. Juli 2002 – vorgestellte Entwicklung des breitbandigen Internetzugangs zeigt diese dynamische Entwicklung eindrücklich auf (die entsprechende Dokumentation ist auf der Website des BAKOM, [www.bakom.ch](http://www.bakom.ch), abrufbar).

Die bestehenden Regulierungsinstrumente haben sich bewährt, konnten doch damit die im FMG vorgegebenen Ziele (Art. 1) erfolgreich umgesetzt werden. Eine Änderung oder Anpassung dieses Systems drängt sich nicht auf. Dies ist um so weniger der Fall, als mit der sich langsam verfestigenden Rechtspraxis für die Rechtsunterworfenen die Anwendung der geltenden Rahmenbedingungen durch die Behörden in zunehmendem Masse kalkulierbar werden, was sich positiv auf die Dynamik des Marktes und damit der Entwicklung der Informationsgesellschaft auswirkt. Ein Systemwechsel würde nicht mehr Rechtssicherheit bieten, sondern wegen den praktisch uneingeschränkten Interventionsmöglichkeiten, welche BAKOM und ComCom durch die geplante ex-ante Zugangsregulierung in die Hand gegeben würden, die Ungewissheit über das zukünftige Schicksal getätigter Investitionen erheblich verstärken. Das vorgesehene ex-ante Regulierungssystem birgt die Gefahr in sich, dass in Zukunft die meisten alternativen Anbieterinnen ihren Markterfolg nicht auf ihre Effizienz und Innovationskraft, sondern vielmehr auf die ihnen von den Regulierungsbehörden zur Verfügung gestellten „staatlichen Krücken“ zu gründen versuchen würden. Ein solches System würde ineffiziente Markteintritte fördern und kurzfristig zu Markterfolgen von „Trittbrettfahrern“ führen. Dies hätte indessen nichts mit dynamischem und nachhaltigem Wettbewerb zu tun. Aus diesem Grund steht das Regulierungsvorhaben in einem grundsätzlichen Zielkonflikt mit einer am Wettbewerbsgedanken orientierten Wirtschaftspolitik.

**Fazit**

Rund sechs Jahre nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes würden die bestehenden marktnahen, in erster Linie auf die Missbrauchsbekämpfung angelegten Vorschriften durch ein interventionistisches Regelwerk abgelöst. Die ComCom erhielte damit die Möglichkeit, von Amtes wegen in funktionierende Märkte einzugreifen. Das Revisionsvorhaben steht damit in einem offensichtlichen Widerspruch zu einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftspolitik.

**2.4.1 Einschränkung des Rechtsschutzes ist rechtsstaatlich höchst problematisch**

Der heutige Rechtsschutz im Fernmeldebereich soll nach den Vorstellungen der zuständigen Behörden eingeschränkt werden. So hat der Bundesrat ohne vorgängige öffentliche Vernehmlassung (wohl auf Vorschlag des BAKOM in der bundesverwaltungsinternen Konsultation) bereits in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 der Bundesversammlung vorgeschlagen, im Fernmeldebereich den Gang ans Bundesgericht generell auszuschliessen (vgl. dazu Art. 78 Abs. 1 Bst. n des Entwurfes für ein Bundesgerichtsgesetz [BGG], BBl 2001 4202). Im Rahmen der mit der Totalrevision des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG) verbundenen Teilrevision des FMG soll der Rechtsschutz weiter abgebaut werden. So wäre zwar gegen Verfügungen der ComCom und des BAKOM die Beschwerde an die unabhängige Rekurskommission des UVEK zulässig. Diese müsste jedoch innert sechs Monaten seit Eingang der Beschwerde endgültig entscheiden (vgl. dazu Art. 61 des FMG-Vernehmlassungsentwurfes vom Dezember 2000). Diese Einschränkungen des Rechtsschutzes werden in den beiden Revisionsvorlagen jeweils mit dem Hinweis auf die sehr rasche technische und wirtschaftliche Entwicklung auf dem Gebiet der Telekommunikation und die wirtschaftspolitische Notwendigkeit eines möglichst raschen Markteintritts von neuen Anbieterinnen begründet. Gleichzeitig mit dem Abbau des Rechtsschutzes wird in der RTVG/FMG-Vernehmlassungsvorlage ein massiver Ausbau der Kompetenzen der ComCom im Bereich der Interkonnektion vorgeschlagen. Nach Art. 11 Abs. 5 des FMG-Vernehmlassungsentwurfes vom Dezember 2000 soll die ComCom neu nach eigenem Ermessen von Amtes wegen neue Interkonnektionsverpflichtungen anordnen können. Gemäss Ziff. 1.2.5 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision soll nun dieser Kompetenzausbau in Form der in Art. 11 des FMG-Entwurfes vorgeschlagenen ex-ante Zugangsregulierung weiterverfolgt werden, während die oben erwähnten Vorschläge zur Einschränkung des Rechtsschutzes im Rahmen der bisherigen Vorlagen (Totalrevision der Bundesrechtspflege, RTVG/FMG-Revision) weiter behandelt würden. Der guten Ordnung halber verweisen wir in diesem Zusammenhang auf Ziffer 2.4 der Stellungnahme von Swisscom vom 30. April 2001 zur Totalrevision des Radio- und Fernsehgesetzes und zur Teilrevision des Fernmeldegesetzes, in der sich Swisscom ganz entschieden gegen einen Abbau des Rechtsschutzes zur Wehr gesetzt hat.

Im Zusammenhang mit der neu vorgeschlagenen ex-ante Regulierung soll nun das Beschwerderecht gegen Entscheide der ComCom nach Art. 10a Abs. 3 und 11 Abs. 1<sup>ter</sup> des FMG-Entwurfes eine weitere empfindliche Einschränkung erfahren. Eine Beschwerde gegen die von der ComCom verfügte Feststellung der relevanten Märkte und die Bezeichnung der auf diesen Märkten marktbeherrschenden Anbieterinnen (Art. 10a Abs. 1 des FMG-Entwurfes) soll von Gesetzes wegen in keinem Fall aufschiebende Wirkung haben. Das Gleiche soll für Beschwerden gegen Verfügungen der ComCom betreffend die Genehmigung des Standardangebotes der als marktbeherrschend bezeichneten Anbieterinnen für Zugangs- und Interkonnektionsdienstleistungen gelten. Diese sehr weitreichenden ComCom-Verfügungen würden mit andern Worten bereits vor einer gerichtlichen Überprüfung volle Wirkung zeigen. Begründet wird diese Einschränkung mit der zu langen Dauer der Interkonnektionsverfahren. Langwierige Beschwerdeverfahren würden die kurzfristig beabsichtigten Auswir-

kungen solcher Entscheide gefährden. Zudem solle mit dieser gesetzlichen Massnahme die Rechtssicherheit der Entscheide der ComCom erhöht werden, die in einem sich rasch entwickelnden Markt sofort vollziehbar sein müssten (vgl. dazu Ziff. 1.1.2.2 und 2.1.2.1.2 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision).

Die meisten der bisherigen Interkonktionsverfahren dauerten zweifellos zu lang. Mit ihren diversen Vorschlägen zum Abbau des Rechtsschutzes erwecken nun aber die Behörden den Eindruck, der Grund für die zu lange Dauer der IC-Verfahren liege in einem übertrieben Rechtsschutz. Damit werden aber die wahren Gründe für die zu lange Dauer der Verfahren verschwiegen. Die in **Beilage 3** enthaltene Statistik zum Vorwurf der zu langen Dauer von IC-Verfahren zeigt nämlich ein anderes Bild:

- Mit Ausnahme der beiden ersten Verfahren im Jahre 1998 konnte vor der ersten Instanz (ComCom) kein einziges IC-Verfahren innert Jahresfrist abgeschlossen werden. Die Verfahren in der Hauptsache dauerten vor dem BAKOM (Instruktion und Entscheidvorbereitung; Art. 54 Abs. 2 FDV sowie Art. 11 Abs. 3 FMG in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1 FDV) und der ComCom (Entscheidbehörde; Art. 11 Abs. 3 FMG und Art. 58 Abs. 2 FDV) vielmehr bis zu 3 Jahren (durchschnittlich 20 Monate).
- Ein ähnliches Bild zeigt sich bei den (parallel zu den Hauptverfahren durchgeführten) summarischen Verfahren zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen (= vorläufige Regelung für die Dauer des Verfahrens). Vorsorgliche Massnahmen können nur in dringlichen Fällen verfügt werden. Trotzdem liessen sich BAKOM und ComCom für entsprechende Anordnungen teilweise über ein halbes Jahr Zeit.
- Gegen IC-Verfügungen der ComCom kann (im Gegensatz zu anderen fernmelderechtlichen Verfahren) nur an das Bundesgericht rekuriert werden (vgl. dazu Art. 11 Abs. 4 und 61 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 98 Bst. f OG). Für die Behandlung von Beschwerden gegen die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen benötigte das Bundesgericht in der Regel nicht mehr als 4 Monate. Das einzige Beschwerdeverfahren betreffend eine Verfügung in der Hauptsache (Comcare-Verfahren) dauerte 11 Monate; dabei ging es aber bekanntlich um diverse rechtliche Grundsatzfragen.

Diese Fakten machen deutlich, dass das Problem der langen Dauer von IC-Verfahren nicht in einem übertriebenen Rechtsschutz, sondern vielmehr in den Schwierigkeiten begründet ist, die insbesondere das BAKOM mit der Durchführung solcher Verfahren bekundet. Beispielhaft sind in diesem Zusammenhang die beiden für den Telekommunikationsmarkt sehr wichtigen IC-Verfahren TDC Switzerland bzw. MCI Worldcom vs Swisscom betr. IC-Preise (LRIC), die offensichtlich wegen fehlender Sachkompetenz des BAKOM bei der Kostenrechnung (nota bene in einem Kernbereich der geltenden Regulierung) während fast einem Jahr faktisch sistiert werden mussten. Die Weiterführung dieser Verfahren war nämlich erst wieder möglich, als das BAKOM die enge fachliche Unterstützung der WIK-Consult GmbH sichergestellt hatte.

Rechtsstaatlich besonders bedenklich sind die diversen Vorschläge zum Abbau des Rechtsschutzes, wenn man berücksichtigt, dass bis heute drei der vier vom Bundesgericht überprüften IC-Verfügungen der ComCom wegen Verletzung von Bundesrecht aufgehoben werden mussten. Genau diese „negativen“ Erfahrungen bilden offenbar den Hintergrund für den vorgeschlagenen generellen gesetzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden gegen Entscheide der ComCom im Rahmen der ex-ante Regulierung. So heisst es in den Erläuterungen zu Art. 10a des FMG-Entwurfes wörtlich: *„Kurzfristig beabsichtigte Auswirkungen solcher Entscheide könnten durch langwierige Beschwerdeverfahren gefährdet werden.“* Dies bedeutet wohl nichts anderes, als dass der ComCom mit dem generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung für Beschwerden gegen ihre Entscheide der „Freiraum“ geschaffen werden soll, mittels vorläufiger, noch nicht rechtskräftiger Entscheide vorsorglich in den Markt einzugreifen. Genau diesem Ansinnen hat das Bundesgericht in den Massnahmenverfahren betr. ULL und Mobilterminierung in Anwendung rechtsstaatlicher Grundsätze eine klare Absage erteilt. Nach Ansicht des Bundesgerichtes hätte die Bestätigung der entsprechenden Massnahmenverfügungen der ComCom dazu führen können, dass auf dem Markt zulasten von Swisscom Sachzwänge geschaffen worden wären, die auch bei einer Abweisung der IC-Gesuche in der Hauptsache nicht mehr hätten rückgängig gemacht werden können. Exakt dieses Risiko eines nicht wieder gutzumachen-

den Nachteils für die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei soll mit dem vorgeschlagenen Abbau des Rechtsschutzes offenbar in Kauf genommen werden.

Wie oben bereits erwähnt „soll (mit dem Ausschluss der Möglichkeit, einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen) die Rechtssicherheit der Entscheide der ComCom erhöht werden, die in einem sich rasch entwickelnden Markt sofort vollziehbar sein müssen“ (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 10a des FMG-Entwurfes). Diese Argumentation verwendet den Begriff der Rechtssicherheit offensichtlich falsch. Da das Bundesgericht durchaus anders entscheiden kann als die ComCom, was sich in der Vergangenheit mehrfach gezeigt hat, würde es sich nämlich um eine für die Marktteilnehmer trügerische Sicherheit handeln. Einer Partei, welcher sich aufgrund eines entsprechenden ComCom-Entscheides ein Geschäftsfeld eröffnet hätte, müsste aufgrund eines anderslautenden Bundesgerichtsentscheides ihre Tätigkeit unter Umständen wieder einstellen. Die getätigten Investitionen müsste sie abschreiben – trotz der versprochenen Rechtssicherheit.

Am Schluss der Erläuterungen zu Art. 10a des FMG-Entwurfes findet sich die Aussage, dass die vorgeschlagene Einschränkung des Beschwerderechts durch die Verpflichtung der ComCom, die interessierten Kreise anzuhören und regelmässig Marktanalysen durchzuführen (Art. 10a Abs. 3 des FMG-Entwurfes) wieder ausgeglichen werde. Dieser Hinweis verkennt den Sinn und Zweck eines Rechtsmittelverfahrens. Mit dem Rechtsmittelverfahren soll im Sinne der Rechtsweggarantie von Art. 29 BV letztlich sichergestellt werden, dass die Entscheide der ComCom von einer richterlichen Behörde überprüft werden können, bevor diese wirksam werden. Dieser verfassungsrechtliche Anspruch kann weder durch die blosser Einräumung des rechtlichen Gehörs in erster Instanz noch mittels Beachtung des ebenfalls verfassungsrechtlich begründeten Anspruchs auf Revision von Entscheiden bei geänderten tatsächlichen und/oder rechtlichen Verhältnissen kompensiert werden.

#### **Fazit**

Statt die heutigen Vollzugsdefizite mit entsprechenden organisatorischen Massnahmen zügig zu beheben, sollen mit der vorgeschlagenen ex-ante Regulierung des Zugangs die Kompetenzen von BAKOM und ComCom massiv ausgebaut und der Rechtsschutz durch den generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden faktisch aufgehoben werden. So gesehen wecken die Art. 10a und 11 des FMG-Entwurfes grösste rechtsstaatliche Bedenken.

#### **2.4.2 Vollzugsdefizite in Verfahren können ohne neue Regulierungsinstrumente behoben werden**

Das heutige ex-post Regulierungsregime würde besser funktionieren, wenn die Verfahren von den zuständigen Behörden im Rahmen der rechtsstaatlichen Vorgaben effizient durchgeführt würden. Die Einführung der vorgeschlagenen ex-ante Regulierungskompetenzen ist dazu allerdings nicht nötig. Der entsprechende Ausbau der Regulierungsbürokratie und der damit verbundene Arbeitsmehraufwand ist nicht geeignet, die Situation bei den Regulierungsbehörden zu verbessern. Die entsprechenden negativen Konsequenzen gingen zulasten der Marktteilnehmer.

Dem aufgezeigten Vollzugsdefizit könnte jedoch mit folgender neuer Zuständigkeitsordnung begegnet werden:

Die Hauptzuständigkeit für alle wettbewerbsrechtlichen Fragen – auch bei sektorspezifischen Belangen – liegt neu bei der WEKO. Sie beurteilt Fragen der Marktabgrenzung und der Marktbeherrschung, überprüft auf Geheiss hin Interkonnektionsbedingungen, erlässt Entscheide und vorsorgliche Massnahmen. Neben der WEKO

amtieren BAKOM und ComCom (Konzessionserteilung, Zuteilung und Vergabe knapper Ressourcen, Erlass technischer Vorschriften, Aufsicht) und der Preisüberwacher (Preisfestsetzung und Überprüfung der Kostenorientierung und Angemessenheit der Preise) als Fachbehörden. Sie arbeiten mit der WEKO zusammen.

Eine einheitliche und effiziente Anwendung der Wettbewerbsregeln und konsistente Problemlösungen wären so am besten gewährleistet. Ohne dass die Sicherung des Wettbewerbs eine Einbusse erleiden würde, könnte mit einer solchen Lösung die unnötige Aufblähung der sektorspezifischen Regulierung vermieden werden und die Behördenzuständigkeit würde klar und effizient geordnet.

#### **Fazit**

Zur Behebung der heutigen Vollzugsdefizite im Fernmeldebereich ist keine neue Regulierung nötig. Vielmehr könnten mit einer Übertragung der Zuständigkeiten von BAKOM und ComCom in Wettbewerbsregulierungsbelangen auf die WEKO eine einheitliche und effiziente Anwendung der Wettbewerbsregeln und konsistente Problemlösungen am besten gewährleistet werden.

## 2.5 Anträge

Aus den in Ziff. 2.1 – 2.4 dieser Stellungnahme dargelegten Gründen beantragt Swisscom die folgenden Änderungen des FMG- und des FDV-Entwurfes:

- Die vorgeschlagene Ausdehnung des heutigen Interkonnektionsregimes auf eine umfassende Regulierung des Zugangs zu den für das Erbringen von Fernmeldediensten erforderlichen Einrichtungen und Diensten (**Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> und e sowie Art. 11 des FMG-Entwurfes**) ist ersatzlos zu streichen.
- Die vorgeschlagene ex-ante Regulierung (**Art. 10a und Art. 11 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> des FMG-Entwurfes**) ist ersatzlos zu streichen.
- Die auf Verordnungsstufe vorgesehene Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes und die Unterstellung der Mietleitungen unter die Interkonnektion (**Art. 1 Bst. c – e, Art. 43 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> und a<sup>ter</sup> sowie Art. 48 Bst. a des FDV-Entwurfes**) ist ersatzlos zu streichen.
- Der heutige Rechtsschutz gegenüber Verfügungen von BAKOM und ComCom (**Art. 61 FMG**) ist nicht einzuschränken.
- **Art. 11 Abs. 3 – 5 des FMG-Entwurfes** ist wie folgt zu formulieren:

<sup>3</sup>Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten, so verfügt die **Wettbewerbskommission nach Anhörung der Kommission** die Bedingungen **für die** Interkonnektion auf Gesuch einer der beiden Parteien **nach** markt- und branchenüblichen Grundsätzen. Sie kann einstweiligen Rechtsschutz gewähren. **Ihre Zusammenarbeit mit dem Preisüberwacher richtet sich nach dem Preisüberwachungsgesetz.**

<sup>4</sup>**Verfügungen der Wettbewerbskommission nach Absatz 3 unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht.** Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über die Interkonnektion werden durch die Zivilgerichte beurteilt.

<sup>5</sup>**Anbieterinnen von Fernmeldediensten stellen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Kopie ihrer Vereinbarung über die Interkonnektion zu.** Soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, **kann Einsicht in die Vereinbarung gewährt werden.**

## 3 Bemerkungen zu den weiteren Revisionspunkten

### 3.1 FMG-Revision (einschliesslich UWG-Revision)

#### 3.1.1 Interoperabilitätsverpflichtungen (Art. 11 Abs. 2 FMG und Art. 21a des FMG-Entwurfes)

##### 3.1.1.1 Interkonnektionspflicht nicht marktbeherrschender Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung (Art. 11 Abs. 2 des FMG-Entwurfes)

Die Interkonnektionsregulierung ist ein zentrales Steuerungsinstrumente im Fernmeldemarkt (vgl. dazu die Botschaft zum FMG vom 10.6.1996, Sonderdruck S. 14 f. und 23). In Anlehnung an das Kartellgesetz folgt die geltende Regulierung mit Art. 11 Abs. 1 FMG dem Prinzip der Missbrauchsregulierung im Falle stabiler

Marktmacht (sog. monopolistische Bottlenecks), d.h. die Interkonnektionspflicht bedingt eine marktbeherrschende Stellung der Interkonnektionsanbieterin im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Einer der Vorteile dieses Konzeptes liegt in seiner Dynamik: Die Notwendigkeit einer Intervention der Regulierungsbehörde reduziert sich automatisch in dem Masse, wie sich wirksamer Wettbewerb etabliert bzw. monopolistische Bottlenecks wegfallen. Die Interkonnektionsregulierung ist mit andern Worten sachlich und zeitlich limitiert, ohne dass das FMG revidiert werden muss. Einen Fremdkörper in der geltenden Interkonnektionsregelung bildet demgegenüber Art. 11 Abs. 2 FMG der zur Sicherstellung der Interoperabilität alle Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung zur Interkonnektion verpflichtet, auch wenn sie keine marktbeherrschende Stellung haben. Diese Bestimmung stellt eine offensichtliche Überregulierung dar, erlaubt sie doch zusammen mit Art. 11 Abs. 3 FMG eine staatliche Preisfestsetzung auch in Fällen, in denen der Wettbewerb spielt. In ihrer Untersuchung des Mobilfunkmarktes ist die WEKO denn auch sinngemäss zum Schluss gekommen, dass die für alle Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung geltende Interoperabilitätsverpflichtung auf dem Wholesalemarkt die Stellung der Marktgegenseite der Mobilfunkanbieterinnen schwächt und damit den Wettbewerb behindert (vgl. RPW 2002/1 126f.). Es ist unverständlich, weshalb in der Revisionsvorlage nicht die Aufhebung dieser wettbewerbsbehindernden Verpflichtung vorgeschlagen wird.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 11 Abs. 2 FMG ersatzlos zu streichen**.

### **3.1.1.2 Weitere Verpflichtungen zur Sicherstellung der Kommunikationsfähigkeit (Art. 21a des FMG-Entwurfes)**

Aus den in Ziff. 3.1.1.1 dieser Stellungnahme genannten Gründen lehnen wir nicht nur den heutigen Art. 11 Abs. 2 FMG, sondern selbstverständlich auch die in Art. 21a des FMG-Entwurfes vorgeschlagene Ausdehnung der entsprechenden Verpflichtungen ab. Abgesehen davon haben Interoperabilitätsregelungen massgebliche Auswirkungen auf die Geschäfts- und Investitionstätigkeit der betroffenen Anbieterinnen von Fernmeldediensten und stellen deshalb in der Regel schwere Eingriffe in deren Wirtschaftsfreiheit dar. Solche Vorschriften sind nach Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV auf Gesetzesstufe zu verankern. Art. 21a des FMG-Entwurfes, der den Erlass weiterer Verpflichtungen zur Sicherstellung der Kommunikationsfähigkeit ohne irgendwelche Vorgaben an den Bundesrat delegieren würde, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine entsprechende gesetzliche Grundlage offensichtlich nicht.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 21a des FMG-Entwurfes ersatzlos zu streichen**.

### **3.1.2 Kosten-Dilemma (Art. 11a [neu], 17 Abs. 2 und 19 Abs. 1 des FMG-Entwurfes)**

Die fernmelderechtlichen Bestimmungen über die Berechnung der Kosten im Bereich der Interkonnektion und der Grundversorgung sind für die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen auf den Telekommunikationsmärkten von zentraler Bedeutung. Wie in Ziff. 2.2.4 und 3.1.9.1 dieser Stellungnahme ausführlich dargelegt, sind die diesbezüglichen bundesrätlichen Vorschriften in der FDV widersprüchlich und inkonsistent. Dadurch, dass die LRIC-Methode nicht durchgängig Anwendung findet, wird ein fairer Wettbewerb erschwert. Problematisch sind insbesondere das unklare Verhältnis der Preisvorgaben für Interkonnektionsdienstleistungen (ko-

stenorientierte Preise) zu den Preisvorschriften für Grundversorgungsdienste (Preisobergrenzen zur Sicherstellung erschwinglicher Grundversorgungsdienste) sowie der Widerspruch zwischen den Vorschriften für die Berechnung kostenorientierter Interkonnectionspreise (LRIC) und den entsprechenden Regeln für die Berechnung der Grundversorgungskosten (historische Kosten). In Anbetracht ihrer grossen wettbewerbspolitischen Bedeutung müssen diese Probleme grundsätzlich durch den Gesetzgeber selber gelöst werden und können nicht einfach an den Bundesrat delegiert werden. Aus diesen Gründen schlagen wir vor, die skizzierten Ungeheimheiten durch entsprechende Vorgaben im FMG zu klären. Dabei sollten unseres Erachtens die heutige Regelung zur Berechnung kostenorientierter Interkonnectionspreise (Art. 45 FDV) ins Gesetz aufgenommen (Art. 11a [neu] des FMG-Entwurfes), die Anwendung der GV-Preisobergrenzen auf die Dienstleistungen für Endkunden beschränkt (Art. 17 Abs. 2 des FMG-Entwurfes) und für die Berechnung der ungedeckten Grundversorgungskosten die Vorschriften für die Berechnung kostenorientierter Interkonnectionspreise anwendbar erklärt werden (Art. 19 Abs. 1 des FMG-Entwurfes).

Sollte wider Erwarten an der vorgeschlagenen gesetzlichen Entbündelungsverpflichtung (Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> und Art. 11 des FMG-Entwurfes) festgehalten werden, müsste der von uns vorgeschlagene Art. 11a (neu) des FMG-Entwurfes dahingehend ergänzt werden, dass bei der Preisfestsetzung im Falle von neuen Fernmeldeanlagen und -diensten ein Zuschlag für die Abgeltung des Investitionsrisikos berücksichtigt werden dürfte.

Art. 11a (neu)	<b>Kostenorientierte Preisgestaltung für Interkonnektionsdienste</b>
<sup>1</sup> Eine marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten berücksichtigt bei der Festsetzung ihrer Interkonnektionspreise die folgenden Elemente:	
a.	die in einem kausalen Zusammenhang mit der Interkonnektion stehenden Kosten (relevante Kosten);
b.	die langfristigen Zusatzkosten der in Anspruch genommenen Netzkomponenten und diejenigen Kosten, die ausschliesslich durch Interkonnektionsdienstleistungen hervorgerufen werden (long run incremental costs, LRIC);
c.	einen konstanten Zusatz, der auf einem verhältnismässigen Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und den Gemeinkosten (joint and common costs) basiert (constant mark up);
d.	einen branchenüblichen Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen.
<sup>2</sup> Die Kosten entsprechen den Aufwendungen und Investitionen einer effizienten Anbieterin. Die Berechnung der Kosten beruht auf aktueller Basis (forward looking). Die Kosten des Netzes entsprechen den Wiederbeschaffungskosten (modern equivalent assets).	
<sup>3</sup> Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.	
Art. 17 Abs. 2	
<sup>2</sup> Der Bundesrat strebt distanzunabhängige Tarife an. Er legt periodisch <b>zugunsten der Endkunden Preisobergrenzen für die Grundversorgung fest, soweit der Markt nicht selber für erschwingliche Preise sorgt</b> . Preisobergrenzen gelten einheitlich für das ganze <b>Gebiet</b> .	
Art. 19 Abs. 1	
<sup>1</sup> Zeigt sich vor der Konzessionserteilung, dass die Kosten für die Erbringung der Grundversorgung in einem bestimmten Gebiet trotz effizienter Betriebsführung nicht gedeckt werden können, so hat die Konzessionärin Anspruch auf eine finanzielle Abgeltung. <b>Für die Berechnung der Kosten gilt Artikel 11a sinngemäss.</b>	

### 3.1.3 Anforderungen an die Rechnungslegung der als marktbeherrschend bezeichneten Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Art. 11a des FMG-Entwurfes)

Mit Art. 11a des FMG-Entwurfes soll dem Bundesrat ermöglicht werden, marktbeherrschenden Fernmeldediensteanbieterinnen Vorschriften für ihre Rechnungslegung und die Gestaltung der Finanzinformationen zu machen. Mit solchen Vorschriften soll der ComCom die Arbeit bei der Überprüfung der Kostenorientierung der Preise und der Einhaltung des Diskriminierungsverbotes erleichtert werden (vgl. dazu Ziff. 2.1.2.1.4 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision).

Mit derartigen Bestimmungen würde im Telekommunikationssektor eine Spezialgesetzgebung gegenüber den Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechtes geschaffen. Die Art. 957 ff. OR regeln unter dem Titel „Die kaufmännische Buchführung“ (nebst der Buchführung i.e.S.) grundsätzliche Fragen zur Rechnungslegung, welche für die Aktiengesellschaften durch die Art. 662a – 670 OR präzisiert werden. Gesell-

schaften mit an der Börse gehandelten Papieren werden im Interesse der Anleger durch das Kotierungsreglement der Schweizer Börse weitere Offenlegungspflichten auferlegt.

Für verschiedene Wirtschaftszweige bestehen spezialgesetzliche Rechnungslegungsvorschriften, so z.B. für die Banken, die Spielbanken, die Anlagefonds, die konzessionierten Versicherungsunternehmungen, die Eisenbahnen, die Strassen- und Luftseilbahnen und die Schifffahrtsunternehmungen. Diese im Vergleich zu den allgemeinen Rechnungslegungsvorschriften des OR strengeren Bestimmungen sind zum Teil durch das öffentliche Interesse des Konsumentenschutzes (insbesondere der Anleger und Versicherten) gerechtfertigt und dementsprechend mit einer öffentlichen Aufsicht über die betroffenen Unternehmen verbunden. In anderen Fällen sind die Sondervorschriften auf den Umstand zurückzuführen, dass die betroffenen Unternehmen einen öffentlichen Leistungsauftrag erfüllen und staatliche Finanzhilfen erhalten. So werden in der Verordnung des UVEK über das Rechnungswesen der konzessionierten (Eisenbahn-) Unternehmungen Vorschriften für die Finanzbuchhaltung (FIBU)<sup>4</sup> und die Betriebsbuchhaltung (Kosten- und Leistungsrechnung [KLR])<sup>5</sup> gemacht. Die detaillierten Vorschriften für die KLR (Kostenartengliederung, Ist-Rechnung, Planrechnung) gelten jedoch einzig und allein für Unternehmen, welche Abgeltungen und Finanzhilfen erhalten (Art. 1 REVO; SR 742.221). Die KLR dieser Unternehmen dient damit nicht nur der internen Planung, Entscheidung und Kontrolle, sondern auch der Bestimmung der Abgeltung der von ihnen erbrachten „Service-public-Leistungen“ (Art. 13 REVO).

Im Telekommunikationssektor sind besondere Rechnungslegungsvorschriften einzig im Bereich der Grundversorgung gerechtfertigt, wenn eine Grundversorgungskonzessionärin zur Finanzierung der ungedeckten Kosten der Grundversorgung einen Investitionsbeitrag erhält (vgl. dazu Art. 19 Abs. 2 FMG sowie Art. 17, 18 und 33 ff. FDV).

Die Einführung von besonderen Rechnungslegungsvorschriften für marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Vereinfachung der Verwaltungstätigkeit der ComCom ist hingegen abzulehnen. Nicht nur die ComCom, sondern auch ein Zivilrichter sowie die WEKO und der Preisüberwacher müssen im Rahmen ihrer Aufgaben Einsicht in Buchhaltungsunterlagen nehmen können. Zu diesem Zweck kann ein Richter oder eine dieser Behörden verfügen, dass Geschäftsbücher und Belege vorzulegen sind (vgl. dazu Art. 963 OR; Art. 40 KG, Art. 17 PüG sowie Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 37 und 50 BZP). Der Schwierigkeit der Sachverhaltsfeststellung im Verwaltungsverfahren, wo grundsätzlich die Untersuchungsmaxime gilt, wird zudem mit der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG) Rechnung getragen. Müssten nun Anbieterinnen von Fernmeldediensten in bestimmter Form aufbereitete Buchhaltungsinformationen unabhängig von einem Verfahren zur Offenlegung bereithalten, wäre dies ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dieser Unternehmen für den die blosser Erleichterung der Verwaltungstätigkeit der ComCom kein genügendes öffentliches Interesse darstellen würde (vgl. dazu Art. 36 Abs. 2 BV).

Der sehr offene Wortlaut von Art. 11a des FMG-Entwurfes dürfte zudem den Anforderungen an eine genügende gesetzliche Grundlage, insbesondere dem Bestimmtheitsgebot, kaum genügen. Es geht nicht klar hervor, welche Informationen (z.B. Jahresrechnung, Konzernrechnung, Zwischenabschlüsse) aus welchem Grund und gegenüber wem zugänglich gemacht werden sollen. Die ComCom braucht für die Überprüfung der Kostenorientierung von Preisen in erster Linie Angaben aus der KLR und weniger aus der FIBU. Die Ausgestaltung der KLR liegt in der Schweiz jedoch (im Unterschied zur FIBU) im Ermessen des Unternehmens. Hinzu kommt, dass die Informationen aus der FIBU und der KLR des Unternehmens nur einen geringen Zusammenhang mit dem im Rahmen eines allfälligen Interkonkurrenzverfahrens zu erbringenden Nachweis der Kostenorientierung nach der LRIC-Methode haben.

---

<sup>4</sup> Mit der FIBU sollen in erster Linie die wertmässigen Beziehungen der Unternehmen nach aussen dargestellt werden (Rechnungslegung); sie dient deshalb der Transparenz, insbesondere gegenüber den Anteilseignern, aber auch den Investoren und dem Kapitalmarkt gegenüber.

<sup>5</sup> Die KLR will die Zusammenhänge zwischen den betriebsinternen Bereichen aufzeigen und dient der Lenkung der Betriebe sowie der Gestaltung des Rapportwesens. Der Zweck der KLR besteht darin, Planungs-, Entscheidungs- und Kontrollinformationen für die Beurteilung von Produkten und Leistungserstellungsprozessen zu liefern. Sie dient damit u.a. der detaillierten Erfassung und Darstellung der Kosten der betrieblichen Leistungserstellung (Aldo C. Schellenberg, Rechnungswesen, 2.A., Zürich 1996, S. 24).

Art. 11a des FMG-Entwurfes zielt wie alle anderen für marktbeherrschende Unternehmen geltenden fernmelderechtlichen Vorschriften primär auf Swisscom ab. Wir gestatten uns deshalb den Hinweis, dass Swisscom gemäss Art. 12 des Telekommunikationsunternehmungsgesetzes (TUG) nach den Vorschriften des Aktienrechts Rechnung (IAS) legt<sup>6</sup>. Aufgrund der Kotierung an der New Yorker Börse werden zudem für gewisse Bereiche das Eigenkapital und der Reingewinn nach den Vorgaben für einen Abschluss nach US GAAP dargestellt. Damit erfüllt Swisscom ohne spezielle gesetzliche Regelung bereits heute höchste Transparenz-Anforderungen. Auch vor diesem Hintergrund, lehnen wir zusätzliche Rechnungslegungsvorschriften, die bloss der administrativen Erleichterung der Verwaltungstätigkeit der ComCom dienen sollen, entschieden ab.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 11a des FMG-Entwurfes (Anforderungen an die Rechnungslegung) ersatzlos zu streichen.**

### 3.1.4 Verbot der Bündelung von Diensten (Art. 11b des FMG-Entwurfes)

Diese Bestimmung ist offensichtlich gegen die Praxis von Swisscom gerichtet, bestimmte Dienste nur eigenen Retail-Kunden, d.h. Kunden ohne Carrier Preselection (CPS), anzubieten. Diese Praxis, die übrigens auch bei den Konkurrenten von Swisscom zu beobachten ist, wurde von der WEKO verschiedentlich als wettbewerbsrechtlich unbedenklich angesehen, solange Swisscom ihre allenfalls auf dem Vorleistungsmarkt bestehende Marktbeherrschung nicht missbraucht. So hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission gerade die in den Erläuterungen zu Art. 11b des FMG-Entwurfes als Beispiel genannte Beschränkung des ADSL-Angebotes der Bluwin AG auf Swisscom-Kunden mangels einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom auf dem Markt für Breitbanddienste an Endkunden als zulässig bezeichnet. Ebenfalls als wettbewerbskonform angesehen wurde das Combox-Angebot, welches Personen angeboten wird, die von Swisscom auch den Telefonverkehr beziehen. Der letzte Satz der Erläuterungen zu Art. 11b des FMG-Entwurfes („*Da die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen zur Verhinderung solcher Praktiken nicht immer ausreichen, drängt sich die Einführung einer spezifischen Vorschrift im Fernmelderecht auf.*“) macht nun deutlich, dass es offenbar das Ziel dieser Norm ist, solche unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten unbedenkliche Verhaltensweisen fernmelderechtlich zu verbieten. Eine (ökonomische) Rechtfertigung für diese Ausweitung der sektorspezifischen Regulierung sucht man allerdings vergeblich. Es fehlt vielmehr ganz offensichtlich an einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse an einer derartigen Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit von Swisscom. Profitieren von dieser einseitig gegen Swisscom als Vollsortimentsanbieterin gerichteten Bestimmung würden primär so genannten „Rosinenpicker“, die sich auf das Anbieten einiger weniger lukrativer Dienste konzentrieren. In einer am Wettbewerbsgedanken orientierten Fernmeldeordnung hat eine solche Norm nichts zu suchen. Ein generelles Bündelungsverbot würde ferner gegen das vorherrschende Prinzip der Vertragsautonomie verstossen.

<sup>6</sup> In der Botschaft zum TUG (BBI 1996 III 1306) wird diesbezüglich das Folgende ausgeführt:

„Die Telekommunikationsunternehmung führt eine Jahresrechnung (Einzelabschluss) und bei konzernmässiger Ausgestaltung allenfalls eine Konzernrechnung (konsolidierter Abschluss). Hierbei gelangen die Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung sowie anerkannte Normen und Standards (z.B. FER und IAS) zur Anwendung. Die Verwendung anerkannter Rechnungslegungsnormen und internationaler Standards entspricht den heutigen Anforderungen an eine aussagefähige Rechnungslegung. Daraus folgt auch, dass die heutige Abschreibungsordnung des Bundes keine Anwendung mehr finden kann. Bei der Telekommunikationsunternehmung soll mit der vorgesehenen Anwendung internationaler Standards aber nicht nur - gleichsam als Minimalerfordernis - die Rechnungslegung dem Aktienrecht entsprechen, sondern eine wichtige Voraussetzung für die internationale Tätigkeit und für den Zugang zu den Kapitalmärkten erfüllt werden. Eine transparente Rechnungslegung ist mit eine Basis für die Anlageentscheide von Investoren.“

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 11b des FMG-Entwurfes ersatzlos zu streichen**.

### 3.1.5 Konsumentenschutz (Art. 12a – 12c des FMG-Entwurfes)

#### 3.1.5.1 Informationen über die Qualität der Dienste (Art. 12a des FMG-Entwurfes)

Vor Erlass entsprechender Vorschriften sollten die betroffenen Anbieterinnen von Fernmeldediensten angehört werden, damit eine praxisnahe und verhältnismässige Regelung getroffen werden kann. Aus diesem Grund stellen wir den Antrag, **Art. 12a des FMG-Entwurfes** wie folgt zu ergänzen:

*Art. 12a Abs. 3 (neu)*

**<sup>3</sup> Vor Erlass der entsprechenden Vorschriften sind die betroffenen Anbieterinnen von Fernmeldediensten anzuhören.**

#### 3.1.5.2 Preise für Mehrwertdienste (Art. 12b des FMG-Entwurfes)

Bei den in dieser Bestimmung angesprochenen Mehrwertdiensten geht es primär um Erotikangebote. Die in den Erläuterungen zu Art. 12b des FMG-Entwurfes erwähnte Gefahr, dass Kundinnen und Kunden der Anschluss wegen nicht bezahlter Rechnungen für solche Dienste gesperrt und ihnen damit der Zugang zu den zur Grundversorgung gehörenden Telefondienstleistungen verwehrt werden könnte, ist aus Konsumentenschutzsicht an sich ein legitimes Regulierungsthema. Mit den heute geltenden Vorschriften im Bereich der Grundversorgung ist dieses Problem aber bereits gelöst. So ist es Swisscom bzw. Swisscom Fixnet AG als Grundversorgungskonzessionärin aufgrund von Art. 27 Abs. 2 FDV und Ziff. 4.9 Absatz 2 der neuen Grundversorgungskonzession untersagt, einen Anschluss wegen nicht bezahlter Rechnungen für Mehrwertdienste zu sperren. Selbst wenn im Falle von CPS eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten die normalen Verkehrsleistungen für einen solchen Kunden sperren würde, wäre Swisscom nicht berechtigt, diesem generell den Zugang zu ihren Verkehrsleistungen zu verweigern. Gegenüber solchen „schlechten Risiken“ dürfte für Swisscom vielmehr ein eigentlicher Kontrahierungszwang bestehen. Ziff. 4.9 Absatz 2 letzter Satz der neuen Grundversorgungskonzession erlaubt Swisscom hingegen, Kundinnen und Kunden, welche z.B. namhafte Beträge für Erotikdienste nicht bezahlen, den Zugang zu solchen zahlungspflichtigen Dienstleistungen zu sperren. Gegen eine solche auf den Zugang zu zahlungspflichtigen Mehrwertdiensten beschränkte Sperrung ist auch aus Konsumentensicht nichts einzuwenden.

Vor diesem Hintergrund ist die vorgeschlagene Bestimmung unnötig. Hinzu kommt, dass für Mehrwertdienste, insbesondere für solche mit erotischem Inhalt, strenge Auflagen zur Preisbekanntgabe bestehen (vgl. dazu Art. 10 Bst. q und 11 Abs. 1<sup>bis</sup> der Preisbekanntgabeverordnung [PBV] und BGE 6S.114/2002). Im Übrigen kann auch die Lockerung bzw. die Aufhebung der Interoperabilitätspflicht (vgl. Ziff. 3.1.1 dieser Stellungnahme) dazu dienen, Missbräuche von Mehrwertdiensteanbieterinnen erfolgreich zu unterbinden. Kein öffentliches Interesse besteht hingegen an einer staatlichen Verbilligung von Erotikangeboten mittels Preisobergrenzen, geht es doch hier nicht um die Sicherstellung einer erschwinglichen Grundversorgung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. a FMG.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 12b des FMG-Entwurfes (Preise für Mehrwertdienste) ersatzlos zu streichen.**

### 3.1.5.3 Schlichtung (Art. 12c des FMG-Entwurfes)

Unseres Erachtens ist die vorgesehene Schlichtungsstelle unnötig und in ihrer Konzeption misslungen.

Wer mit Telekommunikationsdienstleistungen im Retailgeschäft erfolgreich sein will, muss einen ausreichenden, gut funktionierenden Kundendienst bereit stellen. Die Kundendienste der grossen Swisscom-Gruppen-gesellschaften (Swisscom Fixnet und Swisscom Mobile) behandeln an dezentralen Standorten mit grossem Personalaufwand die Anliegen, Reklamationen und Wünsche der Kunden. Dadurch ist gewährleistet, dass die Anliegen der Kunden aufgenommen, geprüft und dementsprechend behandelt werden können. Wer als Fernmeldedienstanbieterin bestehen will, muss sich den Problemen seiner Kundschaft annehmen und einen umfassenden und zuvorkommenden Kundenservice bieten, welcher den Kundenansprüchen gerecht wird. Swisscom wie auch ihre Mitbewerber verhalten sich bereits heute im Zweifelsfalle kulant, um Kunden nicht an die Konkurrenz zu verlieren.

Kann trotz intensiver Kundenbetreuung keine Einigung erzielt werden, steht den Kunden der Weg an die Zivilgerichte offen. Die kantonalen Zivilprozessordnungen sehen vor, dass der Gerichtspräsident bzw. das Gericht in jedem Fall zunächst versucht, eine Einigung im Sinne eines Vergleichs herbeizuführen. Damit erbringen die zivilen Gerichte bereits heute innerhalb ihrer gewachsenen, bestens eingespielten Organisation diejenige Aufgabe, die das BAKOM mit Art. 12c des FMG-Entwurfes sich selbst zukommen lassen will.

Eine dem zivilen Gericht vorgelagerte Schlichtungsinstanz erachten wir deshalb als entbehrlich, zumal damit zu rechnen ist, dass zur Schlichtungsstelle nur diejenigen Fälle gelangen werden, in denen der Kunde wenig oder gar keine Chancen auf Erfolg hat. Die Verfahrenskosten prinzipiell den Fernmeldedienstanbieterinnen anzulasten zu wollen, ist daher nicht sachgerecht und steht im Widerspruch zur Kostenregelung der kantonalen Prozessgesetze. Es entspricht einem elementaren Grundsatz der in der Schweiz geltenden Zivilprozessordnungen, dass beruhend auf dem Verursacherprinzip derjenige die Verfahrenskosten zu tragen hat, der in der Sache unterliegt. Soll von diesem Grundsatz abgewichen werden, wäre nach unserer Auffassung und analog der Regelung im Arbeitsrecht das Verfahren kostenlos durchzuführen.

Ferner sind Zweifel an der erforderlichen Neutralität des BAKOM bei der Beurteilung von Schlichtungsfällen angebracht. Dem BAKOM obliegt kraft seiner Funktion als Regulator im Fernmeldemarkt die Aufsicht über die Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Diese Aufgabe verträgt sich nicht mit der gleichzeitigen Rolle als Mediator bei Streitfällen zwischen Kunden und Fernmeldedienstanbieterinnen.

Schliesslich sei der Hinweis erlaubt, dass bei den grösseren Fernmeldedienstanbieterinnen zur Zeit Arbeiten für eine private Schlichtungsstelle bezüglich Mehrwertdiensten im Gange sind sowie erste Kontakte mit der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) für eine Ombudsstelle im Fernmeldebereich stattgefunden haben. Durch die Errichtung einer staatlichen Schlichtungsstelle beim BAKOM würden diese Initiativen hinfällig.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 12c des FMG-Entwurfes ersatzlos zu streichen.**

### 3.1.6 Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs (Payment Services; Art. 12b [neu] FMG)

Mit Content-Angeboten und Datendiensten versuchen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, sich neue Geschäftsfelder zu erschliessen, um die sinkenden Umsätze bei der Sprachtelefonie zu kompensieren. In diesen Bereich fallen auch die so genannten Payment Services. Insbesondere im Bereich der Mobilkommunikation stellen Payment Services, bei denen der Kunde mit seinem Mobiltelefon über ein bestimmtes Guthaben verfügen kann, ein Bedürfnis dar. So hat denn auch Nationalrätin Leutenegger Oberholzer am 20. Juni 2002 mit einer Motion vom Bundesrat verlangt, er solle die rechtliche Situation hinsichtlich „Mobile Payment Zahlungsverkehr“ prüfen und gegebenenfalls zufriedenstellende rechtliche Grundlagen schaffen. Im Interesse der Konsumenten fordert die Motionärin insbesondere Prepaidlösungen für das „Mobile Payment“. Gerade im Prepaidbereich ist es jedoch heute den Fernmeldediensteanbieterinnen aufgrund der geltenden bankenrechtlichen Regelung nicht möglich, eigene Lösungen anzubieten; dies insbesondere aus den folgenden Gründen:

Dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) unterstehen in erster Linie Institute, welche gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen (Banken). Solche Institute brauchen eine Bankbewilligung. Da grundsätzlich jede Entgegennahme von Geld eines Kunden als Publikumseinlage gilt, ist es den Fernmeldediensteanbieterinnen ohne Bankbewilligung verboten, für Kunden Prepaidkonten (= Konten, welche von den Kunden im voraus mit Geld aufgeladen werden und von welchen durch die Kunden geleistete Zahlungen direkt abgebogen werden können) zu führen. Dies gilt selbst dann, wenn diese Konten lediglich kleine Beträge enthalten.

Folgende Argumente sprechen nun aber dafür, Fernmeldediensteanbieterinnen die Führung von Prepaidkonten mit einer bestimmten Betragslimite zu erlauben:

- Eine betragsmässige Limite für solche Einlagen, verbunden mit einem Verbot, auf diesen Einlagen Zinsen zu zahlen, würde dafür sorgen, dass solche Prepaidkonten keine Anlagemöglichkeiten bieten würden. Die vorzusehende Limite müsste in ihrer Grössenordnung aber ungefähr bei einem Geldbetrag liegen, welchen eine Person üblicherweise höchstens bar auf sich trägt, d.h. etwa bei CHF 1000. Da das Geld in diesem Fall vom Kunden mit dem Aufladen des Kontos bereits eindeutig Konsumzwecken zugeführt würde, würden in solchen Fällen die Interessen des Anlegerschutzes, welche bei der Bankengesetzgebung im Vordergrund stehen, so stark in den Hintergrund rücken, dass ein Festhalten am Erfordernis einer Bankenlizenz allein schon aus diesem Grund sachlich nicht mehr gerechtfertigt wäre.
- Ein Geldbetrag, welcher von einem Kunden Konsumzwecken zugeschrieben wurde, wäre in Form von elektronischem Geld, z.B. auf einem mit einem Mobiltelefonanschluss verbundenen Prepaidkonto, sicherer als Bargeld. Letzteres kann relativ leicht verloren oder gestohlen werden. Ein allfälliger Verlust eines Mobiltelefons hätte nur den Verlust des Geräts, nicht aber denjenigen eines allfälligen Prepaidguthabens zur Folge. Entsprechende Payment Services würden folglich der Sicherheit der Kundschaft dienen.
- Weiter wäre bei Diensten, welche über ein Prepaidkonto bezahlt würden, eine einfache und effiziente Kostenkontrolle möglich, die den Kunden vor übermässigen Ausgaben schützen würde.

Da für solche modernen Zahlungsmöglichkeiten offensichtlich ein Kundenbedürfnis besteht, sollte den Anbieterinnen von Fernmeldedienste im FMG das Erbringen derartiger Dienstleistungen im skizzierten Rahmen erlaubt und gleichzeitig durch eine entsprechende Änderung der Verordnung über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) sichergestellt werden, dass dafür keine Bankbewilligung nötig ist.

Aus diesen Gründen beantragen wir den Erlass folgender Regelung:

*Art. 12b (neu) Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs*

**Anbieterinnen von Fernmeldediensten dürfen Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs anbieten, die auf einer Vorauszahlung basieren (Führen von Prepaidkonten). Das einzelne Kundenguthaben darf dabei den vom Bundesrat bestimmten Höchstbetrag nicht übersteigen und nicht verzinst werden.**

*Art. 3a Abs. 4 Bst. f (neu) BankV*

<sup>4</sup> Keine Publikumseinlagen sind Einlagen von:

**f. Kundinnen und Kunden der Anbieterinnen von Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs gemäss Artikel 12b des Fernmeldegesetzes.**

### **3.1.7 Datenschutz und Fernmeldegeheimnis (Art. 12d, 13b, 44a und 45a des FMG-Entwurfes sowie Art. 3 Bst. n des UWG-Entwurfes)**

#### **3.1.7.1 Verzeichnisse (Art. 12d des FMG-Entwurfes)**

Die neue systematische Einordnung des geltenden Art. 21 Abs. 1 und 3 FMG ist grundsätzlich zu begrüßen. Gleichzeitig sollte aber auch die Gelegenheit benutzt werden, um die missverständliche Formulierung von Art. 21 Abs. 3 Satz 2 FMG zu korrigieren. Die entsprechende Aussage ("*Sie können die einzutragenden Daten selber bestimmen*") weckt bei den Teilnehmern falsche Erwartungen und steht im Widerspruch zu Art. 29 Abs. 2 FDV, der den Mindestinhalt eines Verzeichniseintrages umschreibt. Ein solcher Mindestinhalt ist sinnvoll und notwendig, da die Anbieterinnen von Verzeichnisprodukten aus Qualitätsgründen darauf angewiesen sind, die Daten der Teilnehmer mehr oder weniger standardisiert erfassen zu können. Entsprechend ist es nicht möglich, jeden Wunsch eines Teilnehmers in Bezug auf die einzutragenden Daten zu erfüllen. Die Kundinnen und Kunden sollen sich entscheiden können, ob sie sich in einem Verzeichnis eintragen lassen wollen; der Inhalt eines solchen Eintrages muss jedoch standardisiert sein.

Aus diesem Grund beantragen wir, **Art. 12d Abs. 2 des FMG-Entwurfes** neu wie folgt zu formulieren:

*Art. 12d Abs. 2*

<sup>2</sup> Auf jeden Fall steht es den Kundinnen und Kunden frei, sich in Verzeichnisse eintragen zu lassen. **Der Bundesrat bestimmt den Mindestinhalt eines Verzeichniseintrages.**

#### **3.1.7.2 Amtshilfe (Art. 13b des FMG-Entwurfes)**

Unter der Sachüberschrift "*Amtshilfe*" soll mit Art. 13b des FMG-Entwurfes die Rechtsgrundlage für eine praktisch uneingeschränkte Weitergabe von Personendaten an inländische Behörden und für eine weit gehende, nicht überschaubare Übermittlung von Personendaten auch an ausländische Stellen geschaffen werden.

Die vorgeschlagene Bestimmung ist in dieser Form abzulehnen:

- Die vorgesehene Datenweitergabe ist völlig unverhältnismässig; ihre Notwendigkeit und der angestrebte Zweck sind nicht ausgewiesen und unklar. Bei jeder Schaffung einer Rechtsgrundlage ist aber zu prüfen, ob die vorgesehene Datenbearbeitung verhältnismässig und für den angestrebten Zweck erforderlich ist (vgl. Tätigkeitsbericht EDSB 1993/94; U. MAUER, Kommentar zum Datenschutzgesetz [DSG], Art. 17. N. 6).
- Für die betroffenen Personen sind die möglichen Datenbearbeitungen und -weitergaben gänzlich intransparent und nicht vorhersehbar. Die Garantie der Transparenz und der Vorhersehbarkeit, die durch das Gesetzmässigkeitsprinzip sichergestellt werden sollte, ist nicht gegeben (U. MAUER, a. a. O., Art. 17, N. 8).
- Die vorgeschlagene Regelung geht weit über die Amtshilfe hinaus, indem nicht nur auf Ersuchen im Einzelfall, sondern systematisch, auf Listen, auf elektronischen Datenträgern oder gar mittels Abrufverfahren Personendaten - auch besonders schützenswerte - bekanntgegeben werden sollen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1998, Rz 1010 b und c; U. MAURER, a. a. O., Art. 19, N. 6). Auskünfte aus Gründen der Amtshilfe sind nur im Rahmen eines übergeordneten öffentlichen Interesses zulässig (FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechtes, S. 439). Dieses übergeordnete öffentliche Interesse ist für den vorgeschlagenen sehr weiten, fast schrankenlosen Datenaustausch nicht ersichtlich und auch nirgends dargetan.
- Insbesondere auch für die Datenbekanntgabe ins Ausland sind Erforderlichkeit und Zweck nicht erkennbar. Zur Ausübung der Aufsicht im Fernmeldebereich verfügen die ausländischen Stellen ohne Zweifel über eigene Mittel, um an die benötigten Informationen zu gelangen. Zur Marktbeobachtung genügen die vom BAKOM veröffentlichten Angaben aus der Fernmeldestatistik.
- In der vorgeschlagenen Bestimmung fehlen Einschränkungen der Bekanntgabe, wenn gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen bestehen (vgl. Art. 19 Abs. 4 DSG). Aus unserer Sicht ist es unabdingbar, dass die ComCom und das BAKOM vor jeder Datenbekanntgabe eine Interessenabwägung vornehmen und die Bekanntgabe ablehnen, wenn heikle Daten oder gar Geschäftsgeheimnisse im Spiele sind, die Swisscom z.B. im Rahmen von Aufsichts- oder Interkonkonnktionsverfahren hat offenbaren müssen.

Wir beantragen aus diesen Gründen, **Art. 13b des FMG-Entwurfes** neu wie folgt zu formulieren:

*Art. 13b*

***<sup>1</sup> Die Kommission und das Bundesamt dürfen auf Ersuchen einer anderen schweizerischen Behörde im Einzelfall Personendaten bekanntgeben, wenn diese Behörde sie für den Vollzug der von ihr anzuwendenden Gesetze benötigt und über eine Rechtsgrundlage für diese Datenbearbeitung verfügt.***

***<sup>2</sup> Die Bekanntgabe ist ausgeschlossen, wenn gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen.***

### **3.1.7.3 Standortdaten (Art. 44a des FMG-Entwurfes)**

Nach den Erläuterungen betrifft die Norm (nur) die Daten, die zur Standortbestimmung der Mobilfunkteilnehmer für andere Dienste als die eigentlichen Verkehrsdienste verwendet werden. Die Verarbeitung dieser Daten soll auf ganz bestimmte Dienste beschränkt und nur mit vorheriger Einwilligung der Kunden zulässig sein (vgl. dazu Ziff. 2.1.7.1 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision).

Die Voraussetzungen „nur zur Erbringung spezifischer Dienste“ und „mit Einwilligung der Kundinnen und Kunden“ sind in dem Sinne redundant, als spezifische „location based services“ in jedem Fall nur denjenigen Kunden erbracht werden, die solche wollen und bereit sind, dafür zu bezahlen oder mindestens dafür ihre Zustimmung geben. Es würde somit genügen, allein auf die Einwilligung der Kunden abzustellen. Doch damit enthielte die Vorschrift nur noch, was nach dem allgemeinen Datenschutzrecht und vor allem dem „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ ohnehin gilt, nämlich dass jede Person über die Bearbeitung der sie betreffenden Informationen selber entscheiden kann.

Umgekehrt kann nicht gemeint sein, dass entgegen dem Willen der Kunden ihre Standortdaten nur für „spezifische Dienste“ verwendet werden dürfen. Will der Kunde eine Bearbeitung seiner Standortdaten für andere Zwecke, so darf dem nichts im Wege stehen.

Art. 44a des FMG-Entwurfes würde mit andern Worten nichts bringen, was nicht bereits gelten oder die Kundschaft unnötig einschränken würde.

Aus diesen Gründen stellen wird den Antrag, **Art. 44a des FMG-Entwurfes ersatzlos zu streichen.**

Sollte trotzdem an einer derartigen Bestimmung festgehalten werden, wäre zumindest klarzustellen, dass die Einwilligung in einer angemessenen Form erfolgen kann, d.h. nicht zwingend schriftlich erfolgen muss. Online-Zustimmungen müssen ebenfalls möglich sein. Anonymisierte Auswertungen sollen zudem keiner Zustimmung der Kunden bedürfen.

#### **3.1.7.4 Unerwünschte Mitteilungen (Art. 45a des FMG-Entwurfes sowie Art. 3 Bst. n des UWG-Entwurfes)**

Swisscom begrüsst grundsätzlich, dass die Behörden das Einschreiten gegen so genannte „spam“ unterstützen. Swisscom bekämpft bereits heute – soweit möglich – „spam“ in ihrem eigenen Interesse, wenden sich doch die Kunden erfahrungsgemäss nicht an den Absender der Mitteilung, sondern an ihre Fernmeldedienstanbieterin. Allerdings erachten wir Art. 45a des FMG-Entwurfes in der vorliegenden Fassung als missglückt und in der Praxis nicht umsetzbar.

Gemäss dem erläuternden Bericht zur FMG-Revision (Ziff. 2.1.7.2) soll den Fernmeldedienstanbieterinnen mehr Verantwortung im Kampf gegen das „spamming“ übertragen werden. Obwohl diese Problematik auch bei der Werbung in Papierform existiert, ohne dass die Post entsprechenden Auflagen unterliegt, hat Swisscom Verständnis für dieses Anliegen und möchte ihren Beitrag zur Eindämmung von „spam“ leisten.

Leider wird im erläuternden Bericht nicht dargelegt, wie die geforderte Verantwortung erfolgreich wahrgenommen werden soll. Der Verweis auf Art. 58 und 60 FMG hilft in diesem Zusammenhang nicht weiter. Aufsichtsmassnahmen daran knüpfen zu wollen, dass Fernmeldedienstanbieterinnen zur „Übermittlung unerwünschter Werbemitteilungen an ihre Kundinnen und Kunden beitragen“, ist nicht sachgerecht, da die eigentliche Haupttätigkeit der Fernmeldedienstanbieterinnen gerade in der Übermittlung von Daten jeglicher Art besteht. Würde diese Argumentation konsequent zu Ende gedacht, würden die Fernmeldedienstanbieterinnen zu Gehilfinnen für jede übermittelte rechtswidrige Information. Diese dürfte mit der angestrebten Lösung jedoch kaum beabsichtigt sein.

Nicht hilfreich ist ferner der Verweis auf die Verhältnismässigkeit, weil es gar keine geeigneten und zumutbaren Massnahmen gibt, mit welchen die Übermittlung von „spam“ verhindert werden könnte. Die einzige Möglichkeit, „spam“ zu verhindern, wäre die Einführung einer permanenten flächendeckenden ex ante-Inhaltskontrolle. Filter wären dazu aber kaum geeignet. Bei der Gesprächstelefonie fallen sie unseres Erachtens ganz ausser Betracht; bei der Datenkommunikation ist deren Wirksamkeit stark umstritten. Bei Werbemitteilungen dürfte ihr Wirkungsgrad noch tiefer liegen als bei Sendungen mit pornographischen oder rassistischen Inhalten, da bei Werbemitteilungen kein spezifisches Vokabular verwendet wird. Zudem können

Fernmeldediensteanbieterinnen gar nicht wissen, ob eine (Werbe-) Mitteilung in zulässiger Weise erfolgt, weil die Zustimmung des Empfängers vorliegt (z.B. bei einem Newsletter) oder weil ein geschäftlicher Kontakt zwischen Absender und Empfänger besteht. Fernmeldediensteanbieterinnen wären deshalb gar nicht in der Lage, einer derartigen Verpflichtung zur Verhinderung von unerwünschten Mitteilungen nachzukommen. Solche Massnahmen zur Pflicht erklären zu wollen, wäre deshalb unverhältnismässig und unzumutbar.

Der Wortlaut von Art. 45a des FMG-Entwurfes lässt die Instrumente des geltenden Rechts (Auskunft gemäss Art. 45 Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 60 Abs. 3 FDV; Vermerk „keine Werbeanrufe oder –mitteilungen“ im Verzeichnis (Sternvermerk); Art. 179<sup>septies</sup> StGB; Datenschutzgesetz) ausser Acht ebenso wie den Umstand, dass die Fernmeldediensteanbieterinnen unter der geltenden Rechtsordnung keine Pflicht zur Inhaltskontrolle der von ihnen übermittelten Daten haben. Unberücksichtigt bleibt auch die internationale Dimension der „spam“-Problematik. Gerade bei einem aus dem Ausland stammenden SMS-Massenversand sind die technischen Interventionsmöglichkeiten der schweizerischen Fernmeldediensteanbieterinnen äusserst beschränkt.

Diese kritischen Bemerkungen zum vorgeschlagenen Art. 45a des FMG-Entwurfes bedeuten nicht, dass Swisscom nicht gewillt ist, ihren Beitrag zur Bekämpfung von „spam“ zu leisten. Eine entsprechende Bestimmung müsste sich allerdings daran orientieren, dass die Inhaltsverantwortung beim Absender liegt und „spam“ nie vollumfänglich *verhindert*, sondern *nur bekämpft* werden kann. Wir schlagen daher vor, dass die Fernmeldediensteanbieterinnen verpflichtet werden, den Kunden „spamming“ vertraglich zu verbieten und sie ermächtigt werden, geeignete Massnahmen gegen fehlerhafte Kunden zu ergreifen, namentlich die (vorübergehende) Sperrung des Anschlusses oder dessen Kündigung. Zudem soll der Adressat von unerwünschten Mitteilungen das Recht haben, Auskunft über die Identität des Absenders zu erhalten. Dies würde ihm ermöglichen, gegen den Absender aufgrund von Art. 3 lit. n des UWG-Entwurfs vorzugehen oder in Anwendung von Art. 8 DSGVO die Löschung seiner Daten zu verlangen. Zur Erleichterung der Überprüfung der Rechtmässigkeit einer Werbesendung empfehlen wir zudem, in FMG und UWG, den Begriff „Geschäftsbeziehung“ durch „geschäftlichen Kontakt“ zu ersetzen. Dies vereinfacht die Beurteilung, ob eine Mitteilung rechtmässig erfolgt ist, erheblich. Hat beispielsweise der Werbeadressat vor einiger Zeit beim Absender der Werbung eine Offerte verlangt, ist unklar, ob hier bereits eine „geschäftliche Beziehung“ besteht. Hingegen liegt zweifelsfrei ein geschäftlicher Kontakt vor.

Wir beantragen aus diesen Gründen, **Art. 45a des FMG-Entwurfes** neu wie folgt zu formulieren:

*Art. 45a*

**<sup>1</sup> Empfängerinnen und Empfänger unerwünschter Werbemitteilungen können gemäss den Bestimmungen über missbräuchliche Anrufe von den Anbieterinnen von Fernmeldediensten Auskunft über Namen und Adressen der Absender verlangen.**

**<sup>2</sup> Anbieterinnen von Fernmeldediensten untersagen ihren Kundinnen und Kunden vertraglich, Werbemitteilungen an Personen zu versenden, die dazu nicht ihre ausdrückliche Zustimmung gegeben haben oder nicht schon in geschäftlichem Kontakt mit der Absenderin oder dem Absender der Mitteilung stehen. Bestehen begründete Anzeichen für eine Verletzung dieser Pflicht, kann die Fernmeldediensteanbieterin die geeigneten Massnahmen zur Verhinderung weiteren Missbrauchs treffen. Sie ist namentlich berechtigt, den Anschluss zu sperren oder den Anschlussvertrag zu kündigen.**

Art. 3 Bst. n des UWG-Entwurfes ist wie folgt zu ändern:

Art. 3 Bst. n

n. Telekommunikationsmittel zu Werbezwecken bei Personen verwendet, die dem nicht ausdrücklich zugestimmt haben und mit denen er oder sie nicht schon in **geschäftlichem Kontakt** steht.

### 3.1.8 Konzessionsrechtliche Bestimmungen

Swisscom ist mit der Beschränkung der Konzessionspflicht auf die Grundversorgung und den Funk einverstanden (Art. 4 ff., 14 ff. und 22 ff. des FMG-Entwurfes).

#### 3.1.8.1 Erteilung von Funkkonzessionen (Art. 24 des FMG-Entwurfes)

Es trifft zu, dass das VwVG für die öffentliche Ausschreibung von Funkkonzessionen nicht vollumfänglich adäquate Lösungen bietet. Insofern die Besonderheiten einer solchen Ausschreibung es erfordern, sind spezifische Regelungen durchaus sinnvoll. Dies gilt z.B. für Art. 10 ff. FDV sowie für die Verankerung der Vertraulichkeit in Satz 2 von Art. 24 Abs. 2 des FMG-Entwurfes. Andererseits sollten Verfahrensgarantien, wie sie das VwVG enthält, aus rechtsstaatlichen Überlegungen nur soweit als unbedingt nötig eingeschränkt werden. Immerhin geht es für die Interessenten oftmals um Frequenzen bzw. Konzessionen von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Die Verfahrensrechte und die Rechtsmittel der Interessenten sollten deshalb wenn überhaupt nur soweit beschnitten werden, als dies die Eigenheiten des Ausschreibungsverfahrens zwingend erfordern. Sollen Verfahrensgarantien zwecks Verfahrensbeschleunigung eingeschränkt werden, ist besonders sorgfältig vorzugehen. Das Interesse an einer schnellen, reibungslosen Abwicklung von Ausschreibungen ist gegenüber demjenigen der Interessenten an einer jederzeit rechtskonformen Durchführung abzuwägen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt dabei, dass die aus der Verfassung abgeleiteten Garantien des VwVG so wenig wie möglich eingeschränkt werden.

In Art. 24 Abs. 2 des FMG-Entwurfes soll nun dem Bundesrat die Kompetenz erteilt werden, in verschiedener Hinsicht Verfahrensregeln zu erlassen, welche vom VwVG abweichen. „Abweichen“ ist ein neutraler Begriff. Darunter können Regelungen fallen, welche den Besonderheiten der Ausschreibung Rechnung tragen, ohne die Rechte der Interessenten zu tangieren. Es ist aber auch denkbar, dass die „spezifischen Regeln“ die Rechte der Interessenten massiv einschränken. Insofern derartige Einschränkungen geplant wären, müssten sie bereits auf Gesetzesstufe ausdrücklich verankert werden. Art. 24 Abs. 3 des FMG-Entwurfes – den wir allerdings aus anderen Gründen ablehnen – ist diesbezüglich transparenter. Weiter scheint es uns nicht unproblematisch zu sein, dass der Gesetzesentwurf nicht zwischen Abweichungen vom VwVG im Verwaltungsverfahren und solchen im Beschwerdeverfahren unterscheidet. Aufgrund der vorgeschlagenen offenen Delegationsnorm hätte der Bundesrat die Möglichkeit, die Rechte der Interessenten massiv einzuschränken. Müsste z.B. – wie der Entwurf es zulassen würde – die anfechtbare Verfügung nicht begründet werden und würden das Recht auf Akteneinsicht und das rechtliche Gehör stark beschränkt, könnten die Erfolgchancen eines Rechtsmittels erheblich sinken.

Bezüglich Art. 24 Abs. 3 des FMG-Entwurfes sind wir der Ansicht, dass es bessere Massnahmen zur Verfahrensbeschleunigung gibt, als die Anfechtbarkeit von verfahrensleitenden und anderen Zwischenverfügungen generell auszuschliessen. Immerhin verlangt das VwVG für die Anfechtung derartiger Zwischenverfügungen den Nachweis eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Gemeint ist dabei ein Nachteil, welcher durch die Endverfügung nicht wieder gutzumachen ist (KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, N 226). Aus prozessökonomischen Gründen sind Zwischenverfü-

gungen demnach nur beschränkt anfechtbar. Es soll vermieden werden, dass das Verfahren ungebührlich verlängert oder verschleppt wird (KÖLZ/HÄNER, a.a.O, N 226). Der Gesetzgeber hat mit anderen Worten bereits im VwVG eine Interessenabwägung zwischen Prozessökonomie und Verfahrensgarantien vorgenommen und mit der Anforderung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils ein aus unserer Sicht sinnvolles Kriterium definiert, welches dem Einlegen „trölerischer“ Rechtsmittel wirksam entgegenwirkt.

Art. 24 Abs. 3 des FMG-Entwurfes würde hingegen dazu führen, dass ein Interessent gegen verfahrensleitende oder andere Zwischenverfügungen kein Rechtsmittel einlegen könnte, auch wenn ihm durch diese ein Nachteil erwachsen würde, welcher durch die Endverfügung nicht wieder gutzumachen wäre. Ein derartiger Rechtsmittelausschluss wäre rechtsstaatlich nicht vertretbar und wird von uns deshalb klar abgelehnt.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 24 Abs. 2 und 3 des FMG-Entwurfes** neu wie folgt zu formulieren:

*Art. 24 Abs. 2 und 3*

<sup>2</sup> Der Bundesrat regelt das Verfahren. **Er beachtet dabei die Grundsätze** der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der **Transparenz, wahrt** den vertraulichen Charakter **der** von den Gesuchstellerinnen gemachten Angaben **und sichert so weit wie möglich die Verfahrensrechte der Gesuchstellerinnen und Beschwerdeführerinnen.** Er kann für das erstinstanzliche Verfahren betreffend die öffentliche Ausschreibung und für das Beschwerdeverfahren namentlich zur Beurteilung der Eingaben und zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen von den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) betreffend die Feststellung des Sachverhaltes (Art. 12 VwVG), die Mitwirkung der Parteien (Art. 13 VwVG), die Akteneinsicht (Art. 26 – 28 VwVG), das rechtliche Gehör (Art. 30 und 31 VwVG) sowie die Eröffnung und Begründung von Verfügungen (Art. 34 und 35 VwVG) abweichen, **soweit die Besonderheiten der öffentlichen Ausschreibung dies zwingend erfordern.**

<sup>3</sup> *streichen*

### 3.1.8.2 Übertragung von Funkkonzessionen (Art. 24d des FMG-Entwurfes)

Die Definition des bewilligungspflichtigen wirtschaftlichen Übergangs einer Funkkonzession in Art. 24d Abs. 2 des FMG-Entwurfes weist gewisse Schwächen auf. So unterhöhlt der Satzteil „*oder von Teilen davon*“ die ganze Bestimmung, während beim Übergang von Stimmrechten eine qualifizierende Komponente fehlt. Zudem ist die Regelung nur beschränkt mit der kartellrechtlichen Definition der Erlangung der Unternehmenskontrolle (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG sowie Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; SR 251.4) abgestimmt. Wir schlagen deshalb vor, für die Bestimmung des wirtschaftlichen Übergangs einer Funkkonzession generell auf diese kartellrechtlichen Bestimmungen abzustellen.

Für die statuierte Meldepflicht besteht keine regulatorische Notwendigkeit.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 24d Abs. 2 und 3 des FMG-Entwurfes** wie folgt zu ändern:

Art. 24d Abs. 2 und 3

<sup>2</sup> Der wirtschaftliche Übergang der Konzession liegt vor, wenn ein Unternehmen nach Massgabe der kartellrechtlichen Bestimmungen die Kontrolle über die Konzessionärin erlangt hat.

<sup>3</sup> streichen

### 3.1.8.3 Änderung und Widerruf von Funkkonzessionen (Art. 24e des FMG-Entwurfes)

Mit der geplanten Änderung wird ein Widerruf der Konzession möglich, ohne dass eine Konzessionsverletzung vorliegen muss. Dadurch wird für die konzessionierten Fernmeldedienstanbieterinnen die Rechtssicherheit zur Illusion, was rechtsstaatlich bedenklich ist. Die Bemerkung im erläuternden Bericht zu Art. 24a bis 24f und Artikel 27 des FMG-Entwurfes, wonach diese Widerrufsmöglichkeit „Rechtssicherheit für die mit der Spektrumsverwaltung betraute Behörde“ schaffe, mutet fast schon ein wenig zynisch an. Die in Art. 24e Abs. 2 des FMG-Entwurfes vorgesehene Entschädigungspflicht dürfte in einem solchen Fall nur ein schwacher Trost sein, wird doch dem betroffenen Unternehmen mit der Konzession unter Umständen auch gerade die wirtschaftliche Existenz entzogen.

Die Konzessionärinnen sollten sich darauf verlassen können, dass die ihnen auf eine bestimmte Zeit erteilte Konzession (vgl. Art. 24c des FMG-Entwurfes) nicht entzogen wird, solange sie die Konzessionsvoraussetzungen erfüllen.

Aus diesen Gründen schlagen wir vor, **Art. 24e des FMG-Entwurfes** wie folgt zu formulieren:

Art. 24e

<sup>1</sup> Die Konzessionsbehörde kann **einzelne Bestimmungen** der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen **anpassen, wenn die Änderung zur** Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist.

<sup>2</sup> Die Konzessionärin wird angemessen entschädigt, wenn die übertragenen **Rechte wesentlich** geschmälert werden.

### 3.1.8.4 Auskunftspflicht des Bundesamtes (Art. 24f des FMG-Entwurfes)

Art. 24f Abs. 2 des FMG-Entwurfes ist missverständlich und muss besser auf Art. 24f Abs. 1 des FMG-Entwurfes abgestimmt werden.

Aus diesem Grund schlagen wir vor, **Art. 24f Abs. 2 des FMG-Entwurfes** wie folgt zu formulieren:

Art. 24f Abs. 2

<sup>2</sup> Es kann diese Informationen **unter denselben Voraussetzungen** veröffentlichen, wenn **dafür** ein öffentliches Interesse besteht.

### 3.1.9 Vorschriften für Grundversorgungskonzessionärinnen (Art. 14 sowie Art. 16 Abs. 1 Bst. d und f des FMG-Entwurfes)

#### 3.1.9.1 Grundversorgungskonzession (Art. 14 des FMG-Entwurfes)

Swisscom begrüsst es, dass mit Art. 14 des FMG-Entwurfes die Möglichkeit geschaffen werden soll, die Grundversorgungspflicht nicht nur in geographischer Hinsicht, sondern auch in bezug auf die Dienste der Grundversorgung auf mehrere Anbieterinnen aufzuteilen.

Wenn möglich soll die Grundversorgungskonzession offenbar weiterhin im Rahmen einer Ausschreibung unter Wettbewerbsbedingungen erteilt werden. Da aber nach Art. 18 FDV für die Berechnung der Nettogesamtkosten der Grundversorgung historische Werte massgebend sind, wird auch in Zukunft die Ausschreibung einer Grundversorgungskonzession nicht unter fairen Wettbewerbsbedingungen stattfinden können (vgl. dazu auch Ziff. 2.2.4 und 3.1.2 dieser Stellungnahme). Alternative Anbieterinnen werden nämlich mangels existierender Buchwerte mit (höheren) Wiederbeschaffungswerten kalkulieren müssen und dürften deshalb kaum in der Lage sein, sich in Konkurrenz mit Swisscom erfolgreich um eine Grundversorgungskonzession zu bewerben. Diese regulatorische Wettbewerbsverzerrung wie auch die Möglichkeit, auf die Ausschreibung einer Grundversorgungskonzession von vornherein zu verzichten, widerspricht letztlich dem Konzept, die Grundversorgung über den Wettbewerb sicherzustellen. Der Entscheid darüber, ob eine Ausschreibung stattfinden soll oder nicht, darf nicht einzig im Belieben der ComCom liegen, sondern muss sich auf objektive Kriterien abstützen.

Eine Berechnung der Grundversorgungskosten nach der Kostenberechnungsmethode LRIC (analog zur Berechnung der Interkonnectionspreise) sowie ein Zulassungsverfahren für interessierte Anbieterinnen wären hierzu die Lösung. Konkret wäre das Ausschreibungsverfahren wie das Auktionsverfahren zweistufig auszugestalten (vgl. dazu Art. 10 – 12 FDV). Zuerst findet eine Vorselektion statt, in der eine Bewerberin nachweisen muss, dass sie die Zulassungskriterien erfüllt. Besteht eine Bewerberin die Vorselektion, wird sie zum eigentlichen Ausschreibungsverfahren zugelassen. Die Ausschreibung selber ist insofern mit dem durchgeführten UMTS-Verfahren zu vergleichen, als sie eine negative Auktion, allenfalls kombiniert mit einem Kriterienwettbewerb, darstellt. Die Konzessionsbehörde soll auf die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens verzichten und eine Grundversorgungskonzession direkt erteilen können, wenn sich keine oder nur eine Anbieterin von Fernmeldediensten für die Grundversorgung bewirbt oder wenn keine oder nur eine Bewerberin die Vorselektion übersteht.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 14 Abs. 3 und 4 des FMG-Entwurfes** wie folgt zu formulieren:

*Art. 14 Abs. 3 und 4*

<sup>3</sup> Für die Erteilung der Konzession wird **ein Ausschreibungsverfahren mit vorgängiger Selektion** durchgeführt. Das Verfahren folgt den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

<sup>4</sup> **Wird aufgrund der Vorselektion nur eine Bewerberin zugelassen, erteilt die Kommission dieser Anbieterin von Fernmeldediensten die Konzession. Bewirbt sich keine Anbieterin von Fernmeldediensten für die Grundversorgungskonzession oder kann aufgrund der Vorselektion keine Bewerberin zugelassen werden, verpflichtet die Kommission eine oder mehrere andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Grundversorgung.**

### 3.1.9.2 Universalverzeichnis (Art. 16 Abs. 1 Bst. d des FMG-Entwurfes)

Gemäss den Erläuterungen soll die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 16 Abs. 1 Bst. d FMG notwendig sein, weil das heutige System kein Universalverzeichnis vorsehe und ein solches wünschbar wäre (vgl. dazu Ziff. 2.1.2.2 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision).

Diese Begründung übersieht, dass in der Praxis verschiedene Universalverzeichnisse existieren, obwohl bisher keine explizite Pflicht bestand, ein solches zu führen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich ein gesamtschweizerisches Verzeichnis gemäss dem heute geltenden Art. 16 Abs. 1 Bst. d FMG aus technischen Gründen praktisch nur als Universalverzeichnis betreiben lässt. Daher führt Swisscom bzw. die Swisscom Directories AG schon lange ein solches Universalverzeichnis. Die Swisscom Directories AG sammelt bei allen Anbieterinnen von Fernmeldediensten die regulierten Verzeichnisdaten oder erstellt diese in deren Auftrag. Die regulierten Verzeichnisdaten werden anschliessend in das gesamtschweizerische Universalverzeichnis integriert, das die Swisscom Directories AG im Auftrag der Grundversorgungskonzessionärin (Swisscom) führt. Zu diesem Universalverzeichnis wird der Zugang gemäss den gesetzlichen Vorgaben gewährt. Dadurch ist bereits heute sichergestellt, dass jedermann Zugang zu einem Universalverzeichnis hat.

Zudem bezieht die Swisscom Directories AG von den Anbieterinnen von Fernmeldediensten deren regulierte Verzeichnisdaten, um diese zu veredeln. Auch bei diesem veredelten Datenbestand – dem sog. ETV – der Swisscom Directories AG handelt es sich um ein Universalverzeichnis, in dem die Teilnehmerinnen und Teilnehmer sämtlicher Anbieterinnen von Fernmeldediensten enthalten sind. Gestützt auf dieses Universalverzeichnis mit den veredelten Verzeichnisdaten stellt die Swisscom Directories AG eine breite Palette von Verzeichnisprodukten her, die wiederum alle je ein Universalverzeichnis darstellen. So produziert die Swisscom Directories AG zum Beispiel die bekannten Telefonbücher, die jeder Kunde kostenlos erhält. Heute hat jedermann die Möglichkeit, in den öffentlichen Sprechstellen oder via Internet kostenlos auf die tagesaktuellen, veredelten Verzeichnisdaten dieses Universalverzeichnisses zuzugreifen (vgl. [www.weisseseiten.ch](http://www.weisseseiten.ch) und [www.gelbeseiten.ch](http://www.gelbeseiten.ch)). Zudem werden im Markt eine breite Palette von On- und Offline-Verzeichnisprodukten angeboten, die direkt oder indirekt auf diesem Universalverzeichnis mit den veredelten Verzeichnisdaten beruhen.

Dank der breiten Produktpalette der verschiedenen Anbieter hat heute jedermann Zugang zu einem Universalverzeichnis. Damit „produziert“ der Markt bereits heute Universalverzeichnisse, ohne dass dazu eine gesetzliche Regelung notwendig wäre; dies wird auch in Zukunft der Fall sein. Hinzu kommt, dass insbesondere die Anbieter von Verzeichnisprodukten und -dienstleistungen ein grosses Interesse haben, ihr eigenes Universalverzeichnis zu führen, damit sie ihre Produkte und Dienstleistungen frei gestalten können. Mit der im letzten Jahr verabschiedeten Revision der FDV (insbesondere Art. 29 FDV) ist sichergestellt, dass die Anbieter von Verzeichnisprodukten und -dienstleistungen problemlos ihr eigenes (tagesaktuelles) Universalverzeichnis herstellen können, da sie gegenüber den Anbieterinnen von Fernmeldediensten einen Anspruch auf Lieferung sämtlicher regulierter Verzeichnisdaten (inkl. täglichen Aktualisierungen) haben.

Es besteht daher keinerlei Bedarf, die Grundversorgungskonzessionärin zur Schaffung eines Universalverzeichnisses zu zwingen oder dafür auch nur eine gesetzliche Grundlage zu schaffen.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 16 Abs. 1 Bst. d FMG ersatzlos zu streichen.**

### 3.1.9.3 Verzeichnis für Sehbehinderte (Art. 16 Abs. 1 Bst. f des FMG-Entwurfes)

Gemäss den Erläuterungen soll mit Art. 16 Abs. 1 Bst. f des FMG-Entwurfes offenbar lediglich das FMG an den vom Bundesrat festgelegten Inhalt der Grundversorgung (Art. 19 Abs. 1 Bst. g FDV) angepasst werden (vgl. dazu Ziff. 2.1.2.2 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision). Der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut erweckt nun aber den Eindruck, dass neu für Sehbehinderte ein eigenes Verzeichnis erstellt werden müsste. In Tat und Wahrheit ist heute die Grundversorgungskonzessionärin lediglich verpflichtet, Sehbehinderten über eine unentgeltliche Sprachauskunft den Zugang zu den Teilnehmereinträgen in den Verzeichnissen aller Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung in der Schweiz zu ermöglichen (vgl. dazu Art. 19 Abs. 1 Bst. g in Verbindung mit Art. 30 FDV).

Wir beantragen deshalb, **Art. 16 Abs. 1 Bst. f des FMG-Entwurfes** wie folgt zu präzisieren:

*Art. 16 Abs. 1 Bst. f*

<sup>1</sup> Die Konzessionärin der Grundversorgung erbringt in ihrem Konzessionsgebiet auf dem jeweils aktuellen Stand der Technik und nachfrageorientiert einen oder mehrere der folgenden Dienste:

- f. **für Sehbehinderte den Zugang zu den schweizerischen Verzeichnissen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst über eine Sprachauskunft sowie einen Vermittlungsdienst.**

### 3.1.10 Zugang zu den Verzeichnissen (Art. 21 des FMG-Entwurfes)

#### 3.1.10.1 Kreis der Zugangsberechtigten ist zu weit

Der Kreis der anspruchsberechtigten Personen ist in Art. 21 des FMG-Entwurfes zu weit gefasst. Berechtig wären wohl auch Direct Marketing-Firmen, da der Begriff „auf Verzeichnisdaten basierende Dienste“ nicht näher definiert wird. Die Regelung würde damit Missbräuche der Verzeichnisdaten begünstigen, was im krassen Gegensatz zu der mit der FMG-Revision u.a. angestrebten Verbesserung des Konsumenten- und des Datenschutzes stehen würde. Die absehbare Folge wäre, dass sich die Kundinnen und Kunden nicht mehr in die Verzeichnisse eintragen lassen würden, wodurch die Qualität der Verzeichnisse abnehmen würde.

Es muss daher klargestellt werden, dass neben den Fernmeldediensteanbieterinnen ausschliesslich Anbieterinnen von Verzeichnisprodukten oder Verzeichnisdienstleistungen Anspruch auf Zugang zu den Verzeichnisdaten haben. Diese Forderung entspricht im Übrigen auch der Rechtslage in der EU. Gemäss Art. 25 Abs. 2 der Universalrichtlinie ist nämlich der Zugang zu den Verzeichnisdaten nur zum „Zweck der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen“ zu gewähren.

#### 3.1.10.2 Sektorspezifische Preisregulierung ist unnötig und wäre verfassungswidrig

Das allgemeine Wettbewerbsrecht stellt sicher, dass eine marktbeherrschende Anbieterin von Verzeichnisdaten die Abnehmer nicht diskriminiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) und keine missbräuchlich hohen Preise festlegt (Art. 4 PüG). Eine sektorspezifische Regelung erübrigt sich daher.

Dies umso mehr, als die WEKO und der Preisüberwacher ihre Aufgabe in diesem Bereich ernst nehmen und z.B. die Geschäftstätigkeit der Swisscom Directories AG bereits mehrfach unter die Lupe genommen haben. In keinem dieser Verfahren wurde bisher festgestellt, dass die Swisscom Directories AG das Transparenzgebot verletze, die Abnehmer von Verzeichnisdaten diskriminiere oder missbräuchlich hohe Preise festlege. Auch im neusten Verfahren hat die WEKO festgestellt, dass keine Anhaltspunkte für eine Diskriminierung bestehen,

die den Erlass vorsorglicher Massnahmen rechtfertigen würden (vgl. RPW 2002, 284 ff.). Die Vorwürfe der Anzeigenerstatterin werden nun noch im Rahmen einer Vorabklärung im Detail geprüft. Zudem hat die WEKO den Preisüberwacher beauftragt, die Preise zu untersuchen. Dieses Verfahren belegt erneut, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht durchaus in der Lage ist, den Wettbewerb auf dem Verzeichnismarkt zu sichern. Dass eine sektorspezifische Regelung im Bereich der Verzeichnisdaten nicht notwendig ist, belegen aber insbesondere die folgenden Tatsachen:

- Die Verzeichnisdaten sind nicht im Besitz eines einzigen Unternehmens, sondern jeder einzelnen Anbieterin von Fernmeldediensten.
- Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten haben ein ureigenes Interesse daran, ihre Verzeichnisdaten den Anbietern von Verzeichnisprodukten und -dienstleistungen zur Verfügung zu stellen, da sie damit die Erreichbarkeit ihrer Kundinnen und Kunden sicherstellen können. Es wäre für eine Anbieterin von Fernmeldediensten geradezu geschäftsschädigend, ihre Verzeichnisdaten nicht herauszugeben.
- Die wirtschaftliche Praxis beweist, dass jedermann, der Verzeichnisprodukte oder -dienstleistungen anbieten will, zu wirtschaftlich sinnvollen Konditionen Zugang zu den Verzeichnisdaten erhält. Dazu einige Beispiele:
  - Das führende elektronische Offline-Verzeichnis ist das Produkt TwixTel der Twix AG. Die Twix AG bezieht die für das Produkt benötigten Verzeichnisdaten seit Jahren bei der Swisscom Directories AG und ist offensichtlich in der Lage, ein sehr erfolgreiches Produkt gewinnbringend zu vermarkten.
  - Das führende kostenlose elektronische Online-Verzeichnis ist [www.tel.search.ch](http://www.tel.search.ch) (vgl. NZZ vom 10. September 2002, S. 15). Die Betreiber dieses Verzeichnisses beziehen die Verzeichnisdaten nicht bei der Swisscom Directories AG. Offensichtlich ist es diesen Betreibern möglich, die erforderlichen Verzeichnisdaten zu beziehen und auf dem Markt ein kostenloses Online-Verzeichnis anzubieten.
  - Zahlreiche ISPs bieten ihren Kunden den kostenlosen Zugang zum ETV der Swisscom Directories AG an. Offensichtlich können diese ISPs den Zugang zu den Verzeichnisdaten zu so attraktiven Bedingungen einkaufen, dass sie in der Lage sind, ihren Kunden den ETV-Zugang als kostenlose Zusatzleistung anzubieten.
  - 18 Unternehmen erhielten vom BAKOM eine der neuen Kurznummern (18xx) zugeteilt, um Sprachauskunftsdienste anzubieten. Verschiedene dieser Unternehmen beziehen die Verzeichnisdaten bei der Swisscom Directories AG und sind offensichtlich in der Lage, im Markt ein kommerzielles Angebot anzubieten (z.B. Conduit mit der Nummer 1850 vgl. [www.1850.ch](http://www.1850.ch)).
  - Verschiedene Unternehmen (z.B. [www.glue.ch](http://www.glue.ch)) haben Applikationen für die professionelle Nutzung des ETV durch Unternehmen entwickelt. Offensichtlich sind diese Anbieter in der Lage, den Zugang zum ETV zu Konditionen einzukaufen, die Ihnen erlauben, diesen Zugang mit Gewinn weiterzukaufen.
  - Verschiedene Unternehmen bieten den ETV-Zugang via mobile Endgeräte an (vgl. [www.handybutler.ch](http://www.handybutler.ch)). Offensichtlich sind diese Anbieter in der Lage, den Zugang zum ETV zu Konditionen einzukaufen, die Ihnen erlauben, diesen Zugang mit Gewinn weiterzuverkaufen.
  - Es existieren ca. 40 unabhängige Anbieter von gedruckten regionalen und lokalen Telefonbüchern. Diese kaufen die notwendigen Verzeichnisdaten bei der Swisscom Directories AG ein und können damit offensichtlich Produkte gewinnbringend herstellen und vermarkten.

Diese Beispiele belegen, dass

- mehrere alternative Bezugsquellen für Verzeichnisdaten existieren;
- jedermann die Verzeichnisdaten beziehen kann;

- die Preise für die Verzeichnisdaten tief sind, so dass auf dem Markt verschiedenste – und z.T. sogar kostenlose – Verzeichnisprodukte angeboten werden können;
- auf dem Markt für Verzeichnisprodukte intensiver Wettbewerb besteht;
- bei verschiedenen Verzeichnisprodukten unabhängige Unternehmen das führende Produkt haben (z.B. TwixTel bei den elektronischen Offline-Verzeichnissen, [www.tel.search.ch](http://www.tel.search.ch) bei den kostenlosen elektronischen Online-Verzeichnissen).

Vor dem Hintergrund dieser Marktwirklichkeit ist eine Verpflichtung zu kostenorientierter Preisfestsetzung nicht zu rechtfertigen und würde aus den im ersten Absatz von Ziff. 2.2.4 dieser Stellungnahme genannten Gründen im Widerspruch zur Verfassung stehen.

Hinzu kommt, dass der Bundesrat erst im vergangenen November die FDV im Zusammenhang mit den Verzeichnisdaten grundlegend revidiert hat (vgl. dazu Art. 29 FDV); die Übergangsfrist für das Inkrafttreten dieser Revision ist gerade erst am 1. Oktober 2002 abgelaufen. Diese Revision wird nochmals einen zusätzlichen Wettbewerbsschub bringen, da die Anbieterinnen von Fernmeldediensten neu auch tägliche Aktualisierungen der Verzeichnisdaten liefern müssen. Es widerspricht jeder „legislatorischen Vernunft“, diese Ordnung erneut revidieren zu wollen und zwar noch bevor sie ihre Wirkung überhaupt entfalten konnte.

### **3.1.10.3 Keine Ausweitung des Zugangs zu den Verzeichnisdaten**

Die geltende Regelung beschränkt die Pflicht zum Führen eines Verzeichnisses und damit auch den Zugang zu den Verzeichnisdaten zu Recht auf die Dienste der Grundversorgung (Art. 29 Abs. 2 und 5 FDV). Eine Ausweitung dieser Pflichten (z.B. auf E-Mail Adressen) wäre mit der Verfassung nicht zu vereinbaren.

Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) verpflichtet den Gesetzgeber, die in der Wirtschaftsfreiheit enthaltenen Wertungen möglichst weitgehend zu verwirklichen (vgl. Art. 35 BV). Die Wirtschaftsfreiheit verlangt u.a. ein von staatlicher Planung möglichst freies Wirtschaftssystem. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass wirtschaftliche Entscheidungen in aller Regel durch die einzelnen Wirtschaftssubjekte und nicht durch den Staat getroffen werden sollen.

Dies gilt auch für Verzeichnisse: Die einzelnen Verzeichnisanbieter und nicht der Staat sollen entscheiden, welche Verzeichnisse mit welchen Informationen auf dem Markt angeboten werden. Würden nun aber die Anbieterinnen von Fernmeldediensten und die weiteren Dienstleister verpflichtet, sämtliche Informationen zu erfassen, zu veröffentlichen und herauszugeben, so würden die Verzeichnisse durch diesen staatlichen Akt weitestgehend standardisiert. Die Verzeichnisanbieter würden kaum noch eine Möglichkeit haben, um sich durch eine Differenzierung der Produkte – z.B. durch Hinzufügen von E-Mail Adressen – von den Konkurrenten abzuheben. Entsprechend würde eine Ausweitung der Verzeichnispflicht zum „staatlich verordneten Einheitsverzeichnis“ führen und den Wettbewerb in diesem Bereich weitgehend ausschalten. Zudem würde die Innovation gehemmt, da jeder Verzeichnisanbieter, der seine Verzeichnisse mit zusätzlichen Informationen anreichern würde, damit rechnen müsste, dass genau diese Informationen bei der nächsten Revision zu Pflicht-Informationen gemacht würden. Entsprechend würde kaum noch jemand bereit sein, innovative Verzeichnisprodukte zu entwickeln.

Bereits heute existieren verschiedene Verzeichnisprodukte, welche zusätzliche Informationen (z.B. E-Mail Adresse, URL Adresse, Produkte von Unternehmen etc.) enthalten. Dies belegt, dass der Markt auch ohne staatliche Regulierung Verzeichnisprodukte mit zusätzlichen Informationen hervorbringt. Es besteht daher kein Grund, die Verzeichnispflicht auf weitere Dienste oder Informationen auszuweiten. Die Verzeichnispflicht und die damit verbundene Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs soll deshalb von Gesetzes wegen auf den vom Bundesrat festgelegten Mindestinhalt der Verzeichniseinträge beschränkt bleiben (vgl. dazu die Ausführungen in Ziff. 3.1.7.1 dieser Stellungnahme).

#### 3.1.10.4 Antrag

Aus den in Ziff. 3.1.10.1 – 3.1.10.3 dieser Stellungnahme dargelegten Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 21 des FMG-Entwurfes** wie folgt zu ändern:

##### *Art. 21*

Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung führen ein Verzeichnis ihrer Kundinnen und Kunden. Sie ermöglichen anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten, **Verzeichnisprodukten oder -diensten** den Zugang dazu **im Umfang des vom Bundesrat nach Artikel 12d Absatz 2 festgelegten Mindestinhaltes der Verzeichniseinträge** nach internationalen **Normen**; den elektronischen Zugang ermöglichen sie auch dann, wenn sie diese Verzeichnisse selbst nicht veröffentlicht **haben**.

#### 3.1.11 Inanspruchnahme von Grund und Boden (Art. 35 Abs. 1 – 3 des FMG-Entwurfes)

Mit Art. 35 FMG wurde allen konzessionierten Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Swisscom und alternativen Anbieterinnen) ein Recht auf Inanspruchnahme von Boden im Gemeingebrauch für ober- und unterirdische Leitungen und öffentliche Sprechstellen eingeräumt. Damit sollten für die im Telekommunikationssektor tätigen Unternehmen mit eigener Infrastruktur in Bezug auf die Nutzung von Boden im Gemeingebrauch einheitliche Regeln gelten und Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. Im Rahmen der damaligen parlamentarischen Debatten wurde insbesondere geltend gemacht, dass auch die nunmehr privaten, gewinnorientierten Telekommunikationsunternehmen unter bestimmten, restriktiven Bedingungen Anspruch auf Nutzung des Bodens im Gemeingebrauch haben sollen.

Sinn und Zweck des Art. 35 FMG ist es daneben aber auch, die Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch stärker als Dritte in die Versorgung der Schweiz mit Fernmeldediensten einzubinden. Gleichzeitig sollte den berechtigten Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Erstellung und der Betrieb von Fernmeldeanlagen zwecks Erfüllung ihres Versorgungsauftrages erleichtert werden, indem entsprechende Bewilligungen in einem einfachen und raschen Verfahren behandelt werden.

Die Versorgung der Bevölkerung mit Fernmeldediensten (insbesondere auch mit Notrufdiensten) erfolgt nun aber nicht nur über Leitungen, sondern zunehmend auch über Mobilfunk (vgl. dazu WIK-Studie, S. 14). In Ballungszentren stehen die Anbieterinnen von mobilen Diensten vor dem Problem, dass sie ihre Infrastruktur laufend ausbauen, im Vergleich zu eher ländlichen Gebieten aber besondere Bedingungen in Bezug auf die Eigentumsverhältnisse an Grund und Boden berücksichtigen müssen. So kann es bei der Installation der notwendigen Infrastruktur für die neuen Technologien (wie z.B. Microzellen, PWLAN) zu Berührungen mit Boden im Gemeingebrauch kommen, wenn solche Anlagen in den öffentlichen Raum ragen. Der Gemeingebrauch des öffentlichen Grund und Bodens wird in solchen Fällen allerdings nur marginal tangiert. Um auch solche, für die öffentlichen Gemeinwesen unproblematischen Nutzungen zu ermöglichen, erweist sich eine Ausdehnung der ansonsten bewährten Regelung von Art. 35 FMG auf alle Fernmeldeanlagen als sinnvoll. Zu diesem Zweck sollen die Begriffe „Leitungen“ und „öffentliche Sprechstellen“ durch den Begriff „Fernmeldeanlagen“ ersetzt werden. Dies dient letztlich auch der begrifflichen Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung ist doch der Begriff "Fernmeldeanlagen" im Gegensatz zu den Begriffen "Leitungen" und "öffentliche Sprechstellen" in Art. 3 Bst. d FMG klar definiert. Die übrigen Aspekte des Art. 35 FMG, wie z.B. die Bewilligungspflicht, sollen hingegen unverändert bleiben.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 35 Abs. 1 – 3 des FMG-Entwurfes** wie folgt zu ändern:

Art. 35 Abs. 1 – 3

<sup>1</sup> Die Eigentümerinnen und Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch (wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer) sind verpflichtet, den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von **Fernmeldeanlagen** zu bewilligen, sofern diese Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen.

<sup>2</sup> Anbieterinnen von Fernmeldediensten nehmen Rücksicht auf den Zweck und die Nutzung des in Anspruch genommenen Grundstücks und sie tragen die Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes. Sie sind verpflichtet, ihre **Fernmeldeanlagen** zu verlegen, wenn von der Grundeigentümerin oder vom Grundeigentümer eine Benützung des Grundstücks beabsichtigt ist, die sich mit der **Nutzung oder dem Standort der Fernmeldeanlagen** nicht verträgt.

<sup>3</sup> Der Bundesrat regelt die Einzelheiten, namentlich die Koordinationspflicht der Anbieterinnen sowie die Voraussetzungen für die Verlegung von **Fernmeldeanlagen**.

### 3.1.12 Mitbenutzungsrecht (Art. 36 Abs. 2 des FMG-Entwurfes)

Die bisherige Mitbenutzungsregelung hat sich bewährt. So wurden z.B. trotz der hinderlichen NIS-Verordnung zahlreiche Mitbenutzungsverträge abgeschlossen und entsprechende Projekte umgesetzt. In der Praxis hat es sich als sinnvoll erwiesen, wenn eine Standortinhaberin andere Anbieterinnen ihre Fernmeldeanlagen nach Massgabe von Art. 36 Abs. 2 FMG mitbenutzen lässt. Die Bedürfnisse der Praxis stimmen mit der im bisherigen Gesetzestext verwendeten Terminologie überein („Mitbenutzung ihrer Fernmeldeanlagen ... zu gestatten“). Der neu vorgeschlagene Begriff der „gemeinsamen Benutzung“ würde hingegen nur zusätzliche Unklarheiten schaffen, da weniger klar wäre, wer wem was „gegen angemessenes Entgelt“ zu gewähren hätte. Gegenüber der bisherigen Formulierung stellt der Vorschlag deshalb keine Verbesserung dar.

Art. 36 Abs. 2 FMG muss hingegen in anderer Hinsicht korrigiert werden. Die Regulierung der Mitbenutzung von Fernmeldeanlagen und Sendestandorten dient im Gegensatz zum Interkonnektionsregime nicht der Wettbewerbsförderung, sondern vielmehr dem Schutz von Polizeigütern (z.B. dem Schutz der Landschaft). Aus diesem Grund ist es nicht angebracht, als angemessenes Entgelt bloss kostendeckende Preise ohne Gewinnmarge im Sinne von Art. 39 FDV zuzulassen.

Aus wettbewerbsrechtlicher und regulierungsökonomischer Sicht wäre es einzig sachgerecht, wenn unter einem „angemessenes Entgelt“ im Sinne von Art. 36 Abs. 2 FMG ein marktüblicher Preis verstanden würde. Für die Fälle, in denen wegen nicht spielenden Marktkräften die Gefahr von unangemessenen Preisen besteht, würde als Korrektiv eine Preisregulierung, die sich auf die Missbrauchsbekämpfung beschränkt, vollauf genügen. Die dafür vorgesehenen Instrumente im Kartellgesetz (insbesondere Art. 7 Abs. 2 Bst. a und Art. 12 ff. KG) und im Preisüberwachungsgesetz (Art. 13 PüG) sind für diesen Zweck völlig ausreichend. Eine spezialgesetzliche Preisregulierung im FMG erübrigt sich deshalb.

Wie schon heute soll auch in Zukunft die Mitbenutzung nur unter der Voraussetzung beantragt werden können resp. nur dann gewährt werden müssen, wenn dies durch das Vorhandensein öffentlicher Interessen gerechtfertigt und geboten ist. Nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach derjenige, der ein Recht beansprucht, dieses auch zu beweisen hat (vgl. Art. 8 ZGB), obliegt der Nachweis eines öffentlichen Interesses demjenigen, der einen Anspruch auf Mitbenutzung erhebt. Bei ausgewiesenem Eigenbedarf muss der Eigentümer der Anlage aber das Recht haben, ein Mitbenutzungsbegehren abzulehnen oder einen bestehenden

Mitbenutzungsvertrag zu kündigen. Zum Eigenbedarf gehört dabei auch das Halten einer angemessenen Reserve.

Für die Durchsetzung eines allfälligen Mitbenutzungsrechts bedarf es keiner besonderen Bestimmung. Auch hier bieten wiederum das KG (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. a und Art. 12 ff.) sowie die Aufsichtsmaßnahmen und Sanktionen, welche die ComCom gestützt auf Art. 58 und 60 FMG anordnen kann, genügend Gewähr, dass ein Berechtigter seinen allfälligen Anspruch wirksam durchsetzen kann.

Wir beantragen deshalb, **Art. 36 Abs. 2 des FMG-Entwurfes** wie folgt zu formulieren:

*Art. 36 Abs. 2*

<sup>2</sup> **Eine Anbieterin von Fernmeldediensten gestattet einem Dritten gegen eine marktübliche Entschädigung die Mitbenutzung ihrer Fernmeldeanlagen und Sendestandorte, sofern diese über ausreichend Kapazität verfügen und der Dritte für die Gewährung der Mitbenutzung ein öffentliches Interesse, namentlich Anliegen der Raumplanung, des Landschafts-, Heimat-, Natur- und Tierschutzes, nachweisen kann.**

### **3.1.13 Sicherheit und Verfügbarkeit (Art. 48a des FMG-Entwurfes)**

Auflagen zur Sicherheit und Verfügbarkeit der Fernmeldeinfrastrukturen und -dienste können je nach Ausgestaltung massive finanzielle Folgen für die Anbieterinnen nach sich ziehen. Die vorgeschlagene offene Delegationsnorm vermag deshalb den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage für derartige Eingriffe offensichtlich nicht zu genügen.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 48a des FMG-Entwurfes ersatzlos zu streichen.**

### **3.1.14 Auskunftspflicht (Art. 59 des FMG-Entwurfes)**

Art. 59 FMG regelt die Auskunftspflicht der Fernmeldediensteanbieterinnen gegenüber den Aufsichtsbehörden. Art. 13 FMG enthält dagegen Bestimmungen über die Auskunftspflicht des BAKOM über bestimmte Fernmeldediensteanbieterinnen der Öffentlichkeit gegenüber. Mit Art. 59 Abs. 2 Satz 2 des FMG-Entwurfes soll das BAKOM nun neu die Möglichkeit erhalten, die Marktanteile der einzelnen Fernmeldediensteanbieterinnen zu veröffentlichen. Damit würde letztlich der in Art. 13 FMG klar limitierte Katalog der zu veröffentlichenden Informationen erweitert, weshalb die entsprechende Berechtigung bzw. Verpflichtung in dieser Bestimmung festgehalten werden müsste. Die systematisch richtige Einordnung ist wichtig, da Art. 13 FMG für den Entscheid betreffend die Veröffentlichung zu Recht auf die im konkreten Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung hinweist. Die Möglichkeit zur Veröffentlichung der Marktanteile der einzelnen Fernmeldediensteanbieterinnen ohne Interessenabwägung im Einzelfall wäre mit dem Sinn und Zweck von Art. 13 FMG nicht vereinbar (vgl. dazu den Entscheid der REKO UVEK vom 26.1.2001 i.S. Swisscom AG und DiAx gegen Kurt Sieber und BAKOM, E. 5.4 (e contrario) und E. 6.1.2). Es steht nämlich fest, dass einer Veröffentlichung von Marktanteilen in aller Regel überwiegende private Interessen entgegenstehen dürften. Angaben über den

Marktanteil eines Unternehmens sind grundsätzlich als Geschäftsgeheimnis zu betrachten und werden deshalb z.B. auch bei den Veröffentlichungen der WEKO vertraulich behandelt (Art. 25 Abs. 4 KG).

Abgesehen davon, ist die Ermittlung der Marktanteile der einzelnen Fernmeldediensteanbieterinnen durch das BAKOM aus grundsätzlichen Erwägungen fragwürdig. Aufgrund der systematischen Einordnung des Revisionsvorschlages in den die Fernmeldestatistik regelnden Art. 59 Abs. 2 FMG muss davon ausgegangen werden, dass das BAKOM die Angaben für die Bestimmung der Marktanteile vermutlich mittels der von den Fernmeldediensteanbieterinnen für die Fernmeldestatistik zu beantwortenden Fragebogen erheben würde. Die Auswertung der gelieferten Daten wird heute von einer unabhängigen Organisationseinheit des BAKOM (Statistikstelle des BAKOM) vorgenommen, welche keine Verwaltungs- oder Kontrollfunktionen ausübt (Art. 77 FDV). Diese Stelle würde dann wohl auch die Marktanteile der einzelnen Fernmeldediensteanbieterinnen ermitteln. Damit würde Art. 59 Abs. 2 des FMG-Entwurfes aber zu einer Spezialnorm von Art. 10a des FMG-Entwurfes. Dies hätte zur Folge, dass die Marktanteile der einzelnen Fernmeldediensteanbieterinnen nicht durch die ComCom in einem Verwaltungsverfahren unter Mitwirkung der WEKO und der betroffenen Fernmeldediensteanbieterinnen festgelegt, sondern völlig autonom durch das BAKOM ermittelt würden. Die Mitwirkung resp. das rechtliche Gehör der betroffenen Fernmeldediensteanbieterinnen wären damit in bedenklicher Weise in Frage gestellt.

Würde das BAKOM die Marktanteile der Fernmeldediensteanbieterinnen in den verschiedenen Teilmärkten veröffentlichen, hätte dies wohl einen nicht unmassgeblichen Einfluss auf den Telekommunikationsmarkt. Es ist anzunehmen, dass die Fernmeldediensteanbieterinnen im Vertrauen auf die amtlich korrekte Feststellung der Marktanteile ihr Marktverhalten an diesen Angaben ausrichten würden (z.B. gezielte Marketingmassnahmen zur Verbesserung der eigenen Marktposition auf einem Teilmarkt oder Aufgabe von bestimmten Geschäftsfeldern). Da jedoch eine korrekte Ermittlung der Marktanteile aus den erwähnten verfahrensrechtlichen Gründen nicht sichergestellt wäre, könnten Fehlinformationen mit fatalen Auswirkungen auf das Marktverhalten nicht ausgeschlossen werden. Zudem ist zu beachten, dass die Veröffentlichung von Marktanteilen in erheblichem Masse börsenrelevant wäre. Entsprechende Verlautbarungen über Marktanteilsgewinne resp. -verluste könnten die Aktienkurse der jeweiligen Unternehmen und ihrer Konkurrenten massiv beeinflussen. Sollten dem BAKOM bei der Ermittlung von Marktanteilen Fehler unterlaufen, hätte es (resp. der Bund) deshalb mit Regressforderungen der betroffenen Fernmeldediensteanbieterinnen und Aktionäre zu rechnen.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 59 Abs. 2 Satz 2 des FMG-Entwurfes ersatzlos zu streichen**.

### 3.1.15 Verwaltungssanktionen (Art. 60 des FMG-Entwurfes)

Bei einem Verstoss gegen anwendbares Recht soll neu direkt eine Verwaltungssanktion ausgesprochen werden können (Art. 60 Abs. 1 des FMG-Entwurfes). Nach geltendem Recht ist eine solche Sanktion nur bei einem Verstoss gegen die Konzession oder eine rechtskräftige Verfügung möglich. Da es sich beim Fernmelde-recht in wichtigen Belangen um spezialgesetzliches Wettbewerbsrecht handelt, sind wir der Meinung, dass diese Änderung vom Ergebnis der zur Zeit hängigen Teilrevision des Kartellgesetzes betreffend die Einführung direkter Sanktionsmöglichkeiten abhängig gemacht werden sollte.

Die Möglichkeit, bei Verstössen gegen „*anwendbares Recht*“, d.h. allgemeines Bundesrecht, eine direkte Verwaltungssanktion aussprechen zu können, geht eindeutig zu weit und würde den Geltungsbereich des FMG sprengen. Dem BAKOM und der ComCom obliegen einzig und allein der Vollzug der Fernmeldegesetzge-

bung, nicht aber die Durchsetzung andern Bundesrechts. Dafür sind die jeweils zuständigen Bundesbehörden verantwortlich, die über eigene Vollzugsmittel verfügen.

Die Erzielung eines Vorteils soll im Gegensatz zum geltenden Art. 60 Abs. 1 FMG nicht mehr Tatbestandsvoraussetzung sein. Gleichzeitig wird im FMG-Entwurf die „Strafandrohung“ gegenüber heute verdreifacht und die Höhe der unrechtmässig erzielten Einnahmen soll kein Kriterium für die Bemessung der Höhe der Verwaltungssanktion sein, da gemäss erläuterndem Bericht zu Art. 60 des FMG-Entwurfes der erzielte Gewinn oft nicht festgestellt werden könne. Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit muss der durch die Rechtsverletzung erzielte finanzielle Vorteil, der sich – wie die bisherige Praxis gezeigt hat – in den meisten Fällen sehr wohl berechnen oder zumindest schätzen lässt, bei der Bemessung der Sanktion berücksichtigt werden. Wenn sich die unrechtmässig erzielten Einnahmen tatsächlich nicht berechnen liessen, müsste konsequenterweise auch Art. 58 Abs. 2 Bst. b FMG gestrichen werden, was im FMG-Entwurf ja gerade nicht vorgeschlagen wird.

Abgesehen davon darf sich eine Verwaltungssanktion selbstverständlich nur nach dem von der jeweiligen Unternehmung im betreffenden Geschäftsbereich erwirtschafteten Umsatz und nicht nach deren Gesamtumsatz richten.

Aufgrund dieser Überlegungen beantragen wir unter Vorbehalt der laufenden KG-Revision, **Art. 60 Abs. 1 und 3 des FMG-Entwurfes** neu wie folgt zu fassen:

*Art. 60 Abs. 1 und 3*

<sup>1</sup> Verstösst eine Anbieterin von Fernmeldediensten gegen **das internationale Fernmelderecht, dieses Gesetz, die Ausführungsbestimmungen**, die Konzession oder eine rechtskräftige Verfügung, so kann sie mit einem Betrag bis **zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinnes belastet werden. Kann kein Gewinn festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 10 Prozent** des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz **im betreffenden Geschäftsbereich durchschnittlich** erzielten **Jahresumsatzes**.

<sup>3</sup> Bei der Bemessung der Sanktion berücksichtigt die zuständige Behörde insbesondere die Schwere des Verstosses, die finanziellen Verhältnisse des Unternehmens **sowie die Höhe der unrechtmässig erzielten Einnahmen**.

### 3.1.16 Allgemeinverbindlicherklärung (Art. 62 Abs. 3 des FMG-Entwurfes)

Das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung stammt aus dem Arbeitsrecht. Die Allgemeinverbindlicherklärung dient in diesem Bereich dazu, den Geltungsbereich von zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberorganisationen geschlossenen Vereinbarungen über Arbeits- und Lohnbedingungen auch auf Nichtmitglieder der Sozialpartner auszudehnen. Ein zwischen Parteien mit grundsätzlich divergierenden Interessen erzielter Kompromiss wird für alle Beteiligten als vorteilhafter als entsprechende Einzelfalllösungen betrachtet und soll deshalb auch Nichtvertragsparteien zugute kommen. Ähnliche Überlegungen liegen auch den „Rahmenmietverträgen“ zugrunde, wie sie zwischen dem Hauseigentümerverband und dem Mieterverband vereinbart werden.

Allgemeinverbindlich erklärte Vereinbarungen sind also das Resultat von Verhandlungen zwischen Parteien mit entgegengesetzten Interessen wie Arbeitgeber/Arbeitnehmer oder Mieter/Vermieter und stellen einen individuell-konkreten Rechtsakt dar, der aufgrund seiner Ausgewogenheit generell-abstrakten Charakter erhält.

Ganz anderes präsentiert sich die Ausgangslage bei der Festlegung von technischen und administrativen Vorschriften im Fernmeldebereich, zu deren erleichterten Umsetzung die in Art. 62 Abs. 3 des FMG-Entwurfes vorgeschlagene Allgemeinverbindlicherklärung durch die ComCom dienen soll. So zeigten die in den so genannten „Q“-Arbeitsgruppen gemachten Erfahrungen, dass die Mitbewerber häufig eine einheitliche Position gegen Swisscom einnahmen. Sofern bei einer solchen Ausgangslage nicht alle Betroffenen einer bestimmten Regelung zustimmen, ist es aber im Gegensatz zu den genannten Beispielen im Arbeits- und Mietrecht höchst fraglich, ob überhaupt von einer ausgewogenen Vereinbarung gesprochen werden kann, welche die ComCom dann als „branchenweite Einigung“ allgemeinverbindlich erklären könnte. Würde in einem solchen Fall die ComCom eine solche Vereinbarung aus politischen Gründen trotzdem allgemeinverbindlich erklären, käme dies einer staatlichen Unterstützung einer einseitigen privaten Rechtsetzung gleich, die Swisscom aus rechtsstaatlichen Überlegungen entschieden ablehnen würde. Dass diese Befürchtung nicht aus der Luft gegriffen ist, ergibt sich aus der Tatsache, dass die vorgeschlagene Bestimmung keinerlei Kriterien enthält, die für eine Allgemeinverbindlicherklärung erfüllt sein müssen (vgl. demgegenüber z.B. das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR 221.215.311). Die in Art. 62 Abs. 3 Satz 1 enthaltene Bedingung („wenn diese zur einheitlichen Anwendung des Fernmelderechts beitragen“) ist derart vage, dass der Entscheid über die Allgemeinverbindlicherklärung von multilateralen Vereinbarungen ins blosse Ermessen der ComCom gestellt wäre. Die Bestimmung verstösst deshalb in dieser Form gegen das sich aus dem Gesetzmässigkeitsgrundsatz ergebende Bestimmtheitsgebot.

Lässt sich über anzuwendende technische und administrative Vorschriften keine Einigung erzielen, der alle betroffene Fernmeldediensteanbieterinnen zustimmen, muss die Festlegung der fraglichen Vorschriften deshalb zwingend durch staatliche Rechtsetzung auf der dafür adäquaten Normenstufe erfolgen. Nur so ist sichergestellt, dass die massgebenden verfassungsrechtlichen Prinzipien (z.B. Verhältnismässigkeits- sowie Gesetzmässigkeitsgrundsatz) auch bei den so genannten technischen und administrativen Vorschriften vollumfänglich berücksichtigt werden müssen.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 62 Abs. 3 des FMG-Entwurfes (Allgemeinverbindlicherklärung) ersatzlos zu streichen.**

### 3.1.17 Klares Bekenntnis zum Abbau der sektorspezifischen Regulierung

Der Revisionsentwurf ist geprägt vom Bestreben, die regulatorischen Eingriffsmöglichkeiten massiv auszubauen. Ein ausdrückliches Bekenntnis und das klare Ziel zum baldigen Abbau der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung zugunsten des allgemeinen Wettbewerbsrechts fehlt hingegen gänzlich. Anders ist im deutschen TKG eine periodische Überprüfung der Notwendigkeit der sektorspezifischen (Wettbewerbs-) Regulierung statuiert (vgl. § 81 Abs. 3 TKG; BGBl I 1996, S. 1120). Auch der (neue) Rechtsrahmen der EU räumt dem allgemeinen Wettbewerbsrecht den Vorrang ein und sieht ausdrücklich vor, dass die Regulierung überall dort konsequent abgebaut werden soll, wo sie nicht mehr nötig ist (vgl. Erw. 27 sowie Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie; Richtlinie 2002/21/EG, Abl L 108 vom 24.4.2002, S. 33). Eine entsprechende „Phasing-out“-Bestimmung ist deshalb im FMG ausdrücklich zu verankern.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 62 Abs. 3 (neu) des FMG-Entwurfes** wie folgt zu formulieren:

*Art. 62 Abs. 3 (neu)*

<sup>3</sup> Der Bundesrat erstattet der Bundesversammlung periodisch (mindestens alle zwei Jahre) Bericht, ob die fernmelderechtliche Regulierung weiterhin erforderlich ist oder zugunsten des allgemeinen Wettbewerbsrechts abgebaut werden kann, und unterbreitet entsprechende Vorschläge. Er konsultiert dabei vorgängig die interessierten Kreise.

## 3.2 FDV-Revision

### 3.2.1 Vorbemerkung

Nachfolgend werden nur diejenigen Bestimmungen der FDV behandelt, welche gestützt auf das geltende FMG geändert werden können. Notwendige Anpassungen der FDV im Zusammenhang mit der beabsichtigten FMG-Revision werden deshalb ausgeklammert. Wir gehen davon aus, dass für die diesbezüglichen Verordnungsänderungen wiederum ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt wird.

### 3.2.2 Fehlende gesetzliche Grundlage für die Unterstellung von ULL und Mietleitungen unter das IC-Regime (Art. 1 Bst. c – e i.V.m. Art. 43 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> und a<sup>ter</sup> sowie Art. 48 Bst. a des FDV-Entwurfes)

Die vorgeschlagene ULL- und Mietleitungsregulierung würde zu schweren Grundrechtseingriffen (in die Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit) bei der verpflichteten Anbieterin führen, wobei die stärksten negativen Auswirkungen vom Bitstream-Access zu erwarten wären. Wie in Ziff. 2.3 dieser Stellungnahme dargelegt, fehlt für derart schwerwiegende Eingriffe ganz offensichtlich eine genügende Grundlage im FMG, weshalb die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 1 und 43 FDV einer rechtlichen Überprüfung durch das Bundesgericht nicht standhalten würde.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 1 Bst. c – e i.V.m. Art. 43 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> und a<sup>ter</sup> sowie Art. 48 Bst. a des FDV-Entwurfes ersatzlos zu streichen.**

Trotz unserer Ablehnung einer ULL-Regulierung und der fehlenden gesetzlichen Grundlage für eine entsprechende Regelung auf Verordnungsstufe haben wir zur vorgeschlagenen Regelung folgende Bemerkungen:

- Die in Ziff. 1.3 des erläuternden Berichts zur FDV-Revision skizzierten Massnahmen zum Schutz der Investitionen der verpflichteten Anbieterinnen sind nicht Sache der Rechtsanwendung, sondern müssten rechtssatzmässig, d.h. zumindest in der FDV geregelt werden (vgl. dazu BGE 2.A.503/2000, Erw. 11a).
- Die Preise für die Entbündelungsdienste müssten so festgesetzt werden, dass Investitionen in Anschlussnetze betriebswirtschaftlich nach wie vor Sinn machen. Eine Preisfestsetzung nach der LRIC-Methode, die diesem Grundsatz Rechnung zu tragen versucht, würde für bestehende Netzelemente grundsätzlich diese Voraussetzung erfüllen. Für neu gebaute Netzelemente (bspw. fibre in the local loop) müsste – falls dafür überhaupt eine Entbündelungspflicht bestehen würde – zusätzlich das Investitionsrisiko abgegolten werden. Die Höhe einer solchen Abgeltung des Investitionsrisikos müsste dabei dem Wert der „Option“ der berechtigten Anbieterin entsprechen, die neu gebaute Leitung ohne eigenes Risiko entbündelt erhalten zu können. Die FDV müsste zudem dahingehend präzisiert werden, dass die Anwendung der sozial- und regionalpolitisch motivierten Grundversorgungspreisobergrenzen für den Anschluss (Art. 26 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 und 3 FDV) den nachfragenden Fernmeldedienstanbieterinnen gegenüber explizit ausgeschlossen würde (vgl. dazu auch Ziff. 2.2.4, 3.1.2, 3.1.9.1 und 3.2.3.1 dieser Stellungnahme).
- Die Bereitstellung der Entbündelungsdienste ist bekanntlich technisch und betrieblich hochkomplex. Der verpflichteten Anbieterin müsste deshalb eine angemessene Frist zur regional differenzierten Implementierung eines entsprechenden Dienstangebots zugestanden werden. So sah selbst die ComCom in ihrem ULL-Massnahmeentscheid vom 9. November 2000 eine gestaffelte Einführung der verschiedenen Dienste

vor. Ein Verzicht auf eine angemessene regional differenzierte Einführungsfrist wäre ein klarer Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 5 BV. Auf jeden Fall müsste vermieden werden, dass Investitionen für ULL zu tätigen wären, ohne dass eine entsprechende Nachfrage existieren würde. Die Implementierung müsste nachfrageorientiert erfolgen, auf verbindlichen Forecasts beruhen und eine Abnahmenverpflichtung enthalten.

### 3.2.3 Grundversorgung

#### 3.2.3.1 Kosten-Dilemma (Art. 18 und Art. 26 FDV)

Wie in Ziff. 2.2.4 dieser Stellungnahme ausgeführt, sind die bundesrätlichen Vorschriften zur Berechnung der Kosten im Bereich der Interkonnektion und der Grundversorgung inkonsistent und wettbewerbsverzerrend. Zur Ermöglichung einer fairen Ausschreibung der Grundversorgung unter Wettbewerbsbedingungen sowie zur Sicherstellung der Investitionsanreize im Bereich der Anschlussinfrastrukturen und Grundversorgungsdienstleistungen (fairer „Make-or-buy“-Entscheid) ist die Lösung des heutigen Kosten-Dilemmas zwingend erforderlich. Da die LRIC-Kostenberechnungsmethode am besten Gewähr für wettbewerbsähnliche Anreize bietet, muss die Lösung in einer entsprechenden Regelung der Kostenfrage im Bereich der Grundversorgung liegen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass für die Kostenberechnung nach der LRIC-Methode die in Art. Abs. 18 Abs. 3 FDV erwähnten IAS-Normen nicht relevant sind. Ferner ist klarzustellen, dass die GV-Preisobergrenzen nur für die Dienstleistungserbringung an Endkunden gelten.

Bis zum Erlass der von uns in Ziff. 3.1.2 dieser Stellungnahme beantragten Gesetzesänderungen muss das Kosten-Dilemma vorerst auf Verordnungsstufe gelöst werden.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 18 und 26 FDV** wie folgt zu ändern:

#### *Art. 18 Abs. 1 und 3*

<sup>1</sup> Die Nettokosten der Grundversorgung entsprechen den Aufwendungen einer effizienten Anbieterin für die Sicherstellung der Grundversorgung. **Die Berechnung der Nettokosten, die für jeden Dienst gesondert durchgeführt wird, richtet sich sinngemäss nach Artikel 45 Absätze 1 und 2.**

<sup>3</sup> *streichen*

#### *Art. 26 Abs. 1 Einleitungssatz*

<sup>1</sup> Ab dem 1. Januar 2003 gelten **zugunsten der Endkunden** folgende Preisobergrenzen (ohne Mehrwertsteuer):

#### 3.2.3.2 Preisobergrenzen für öffentliche Sprechstellen (Art. 26 Abs. 3 FDV und Art. 26 Abs. 3<sup>bis</sup> des FDV-Entwurfes)

Swisscom begrüsst die in Art. 26 Abs. 3<sup>bis</sup> des FDV-Entwurfes vorgesehene Möglichkeit, für die Benutzung einer öffentlichen Sprechstelle (Publifon) in jedem Fall einen einmaligen Zuschlag von 50 Rappen erheben zu können, da ein Minutenzuschlag gegenwärtig nicht mit vertretbarem technischem Aufwand realisierbar wäre.

Hingegen ist die Koppelung der Gebühren für Gespräche aus Publifonen an die allgemeinen Festnetztarife in Art. 26 Abs. 3 FDV nicht sachgerecht. Da die Konsumenten ohne Weiteres die Möglichkeit haben, für Telefongespräche ab Publifonen Calling Cards anderer Anbieter zu benutzen, steht ihnen eine echte Substitutionsmöglichkeit zu den Publifontarifen von Swisscom zur Verfügung. Dies belegt die Tatsache, dass heute bereits die Hälfte des Telefonverkehrs aus Publifonen über Calling Cards abgewickelt wird. Die erwähnte Koppelung ist vor diesem Hintergrund überflüssig und behindert marktgerechte und flexible Tarifmodelle.

Swisscom hat jedoch Verständnis dafür, dass eine generelle Abschaffung der Preisobergrenzen für Gespräche aus öffentlichen Sprechstellen (Art. 26 Abs. 1 Bst. b FDV) politisch zur Zeit wohl nicht opportun wäre. Um die gegenwärtige unbefriedigende Situation betreffend Publifontarifen zu verbessern, wäre deshalb zumindest die direkte Koppelung an die Festnetztarife aufzuheben.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 26 Abs. 3 FDV ersatzlos zu streichen**.

### 3.2.3.3 Periodische Überprüfung (Art. 27<sup>bis</sup> [neu] FDV)

Vor dem Hintergrund der positiven Marktentwicklung (z.B. deutliche Preissenkungen für nationale und internationale Verbindungen auf dem Festnetz; vgl. dazu Ziff. 1.1.2.1 des erläuternden Berichts zur FMG-Revision) sind die Vorschriften über die Grundversorgung periodisch auf ihre Notwendigkeit hin zu überprüfen. Wie für die Interkonnektionsregeln (vgl. Art. 59 FDV) soll das BAKOM auch für den Bereich der Grundversorgung periodisch prüfen, ob anhand der Zielsetzung für die GV (Qualität, erschwinglicher Preis, Flächendeckung) die bisherige Regulierungsintensität abgebaut werden kann, und dem Bundesrat die dafür notwendigen Massnahmen vorschlagen. Namentlich soll dabei jeweils auf die Frage der Weiterführung von Preisobergrenzen näher eingegangen werden.

Aus diesen Gründen beantragen wir, mit **Art. 27<sup>bis</sup> (neu) FDV** eine entsprechende Verpflichtung aufzunehmen und diese wie folgt zu formulieren:

#### *Art. 27<sup>bis</sup> (neu) Periodische Überprüfung*

**Das Bundesamt prüft jährlich, ob die Fortführung der Vorschriften über die Grundversorgung, insbesondere diejenigen über die Preisobergrenzen, weiterhin erforderlich sind. Es stellt dem Bundesrat gegebenenfalls Antrag auf Änderung der Verordnung.**

### 3.2.3.4 Kostenlose Anrufe auf die Nummer 147 (Art. 26 Abs. 1 Bst. c und Art. 28 Abs. 1 des FDV-Entwurfes)

Grundsätzlich ist nichts dagegen einzuwenden, den Zugang zur Nummer 147 unentgeltlich und bei öffentlichen Sprechstellen ohne Verwendung eines Zahlungsmittels freizugeben. Allerdings haben die Erfahrungen mit der vergleichbaren Nummer 143 (Die Dargebotene Hand) in den Jahren 1998/99 gezeigt, dass die Anzahl der missbräuchlichen Anrufe enorm zunahm, nachdem diese Nummer aus öffentlichen Sprechstellen gratis erreichbar wurde. Mit bis zu 200 Juxanrufen pro Tag an einzelne Regionalstellen war eine eingehende Beratung von Menschen mit existentiellen Problemen ernsthaft in Frage gestellt. Die Probleme hörten auf, als

nach wiederholten dringenden Aufforderungen der Trägerorganisation der Dargebotenen Hand die Zahlungspflicht für die Nummer 143 wieder eingeführt wurde (Art. 18 Abs. 1 FDV).

Verursacher der Juxanrufe sind in der Regel Kinder und Jugendliche, also exakt die Zielgruppe für die Nummer 147. Mit der beabsichtigten Revision werden unseres Erachtens dieselben gravierenden Probleme wie bei der Nummer 143 heraufbeschworen.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **auf die hinsichtlich der Anrufe auf die Nummer 147 geplanten Änderungen von Art. 26 Abs. 1 Bst. c und Art. 28 Abs. 1 Satz 2 und 3 FDV zu verzichten.**

### 3.2.4 Mitbenutzung (Art. 39 FDV)

Als Entgelt für die Mitbenutzung von Fernmeldeanlagen und Sendestandorten bloss kostendeckende Preise ohne Gewinnmarge zuzulassen, widerspricht offensichtlich der gesetzlichen Regelung von Art. 36 Abs. 2 FNG, die dafür ein „*angemessenes Entgelt*“ vorsieht. Abgesehen davon ist die in Art. 39 FDV vorgenommene Festlegung des Entgelts für die Mitbenutzung auch aus wettbewerbsrechtlicher und regulierungsökonomischer Sicht nicht angebracht, (vgl. dazu Ziff. 3.1.12 dieser Stellungnahme).

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 39 FDV ersatzlos zu streichen.**

### 3.2.5 Anforderungen an die Rechnungslegung (Art. 47 FDV)

Wie in Ziff. 3.1.3 dieser Stellungnahme ausgeführt, besteht kein sachlicher Grund dafür, besondere Rechnungslegungsvorschriften für marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Vereinfachung der Verwaltungstätigkeit der ComCom einzuführen.

Hinzu kommt, dass es unklar ist, wem die ComCom gemäss Art. 47 Abs. 3 FDV Weisungen erteilen will resp. kann. Sie besitzt einzig gegenüber dem BAKOM ein Weisungsrecht. Diese verwaltungsinternen Weisungen vermögen aber keine Rechte und Pflichten für die Rechtsunterworfenen zu begründen; dazu wären einzig die Instrumente der Verordnung oder der Verfügung in der Lage. Die Weisungsgewalt der ComCom gegenüber dem BAKOM ist zudem bereits in Art. 57 Abs. 2 FMG festgehalten. Art. 47 Abs. 3 FDV entbehrt somit eines Sinngehalts und ist überflüssig.

Aus diesen Gründen stellen wir den Antrag, **Art. 47 FDV ersatzlos zu streichen.**

### 3.2.6 Interoperabilitätspflicht (Art. 48 FDV)

Bis die Interoperabilitätspflicht gemäss Art. 11 Abs. 2 FMG aufgehoben wird, ist sie zumindest in der FDV so anzupassen, dass offensichtliche Missbräuche von Mehrwertdiensteanbieterinnen (z.B. klare Verletzungen der

Preisbekanntgabeverordnung) ohne Verletzung der Interoperabilitätspflicht unterbunden werden können (vgl. dazu Ziff. 3.1.1 und 3.1.5.2 dieser Stellungnahme).

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 48 FDV** wie folgt zu ergänzen:

*Art. 48 Abs. 2 (neu)*

**<sup>2</sup> Zur Bekämpfung von offensichtlichen Missbräuchen, insbesondere bei klarer Verletzung der Preisbekanntgabeverordnung, können Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung den Zugang zu den Mehrwertdiensten 08xx und 09xx unterbrechen.**

### 3.3 AEFV-Revision

#### 3.3.1 Verweigerung der Zuteilung (Art. 4 Abs. 3 Bst. a des AEFV-Entwurfes)

Durch die Zuteilung eines Adressierungselementes an eine Gesuchstellerin wird dieses per se der Zuteilung an andere Interessierte entzogen. Art. 4 Abs. 3 Bst. a des AEFV-Entwurfes ist deshalb so abzufassen, dass sich die Verweigerung der Zuteilung auf Missbräuche beschränkt.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 4 Abs. 3 Bst. a des AEFV-Entwurfes** wie folgt zu ändern:

*Art. 4 Abs. 3 Bst. a*

<sup>3</sup> Es kann die Zuteilung eines Adressierungselementes verweigern, wenn:

- a. der begründete Verdacht besteht, dass die Gesuchstellerin **die Zuteilung dieses Adressierungselementes einzig oder vorwiegend in der Absicht verlangt, dessen Zuteilung an andere Interessenten zu verhindern** oder **dass sie es zu einem anderen** rechtswidrigen Zweck missbrauchen wird;

#### 3.3.2 Informationen über die Adressierungselemente (Art. 9 Abs. 2 des AEFV-Entwurfes)

Wir erachten das Schutzbedürfnis von INA-Betreibern auf Nichtbekanntgabe ihres Namens und ihrer Adresse als wesentlich geringer als dasjenige der Endkunden. Angesichts der häufigen Missbräuche unterstützen wir die vollständige Publizität für Inhaber von INA-Nummern. Zur Zeit werden die Fernmeldedienstanbieterinnen oft zu Unrecht für die Missbräuche gewisser INA-Betreiber mitverantwortlich gemacht und mit entsprechenden Kundenreklamationen überschüttet.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 9 Abs. 2 und 3 des AEFV-Entwurfes** wie folgt zu ändern:

*Art. 9 Abs. 2 und 3*

<sup>2</sup> **Das Bundesamt veröffentlicht von Inhaberinnen und Inhabern einzeln zugeteilter Nummern Name, Adresse sowie die Rufnummer ihres Kundendienstes.**

<sup>3</sup> *streichen*

#### 3.3.3 Zuteilung von Einzelnummern (Art. 24b Abs. 6 des AEFV-Entwurfes)

Es ist nicht einzusehen, weshalb die Wahl der alphanumerischen Bezeichnung nicht innerhalb der durch die Tastatur vorgegebenen Möglichkeiten frei benutzt und auch geändert werden darf. Es ist unnötig einengend, wenn die gewünschte alphanumerische Bezeichnung der vorgängigen Zustimmung des BAKOM bedarf. Allenfalls später gewünschte Änderungen werden dadurch übermässig erschwert. Im Übrigen ist die alphanumerische Zeichenfolge nach den ersten sechs Ziffern schon heute vom Nummerninhaber frei wählbar.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 24b Abs. 6 des AEFV-Entwurfes** wie folgt zu formulieren:

*Art. 24b Abs. 6*

<sup>6</sup> Die Inhaberin oder der Inhaber der Nummer darf für die letzten sechs Ziffern **der zugeteilten Nummer alle möglichen alphanumerischen Kombinationen benutzen, welche die zugeteilte Nummer nicht verändern**. Für die Bekanntgabe der Nummer kann sie oder er diese sechsstellige alphanumerische Bezeichnung am Ende mit weiteren alphanumerischen Zeichen ergänzen. Die Fernmeldedienstanbieterinnen sind verpflichtet, die ergänzten Ziffern zu ignorieren und im Fernmeldenetz nicht weiterzuleiten.

### 3.3.4 Zuteilungsbedingungen für Kurznummern (Art. 25 AEFV)

Gegenwärtig sind die grossen europäischen Telekommunikationskonzerne daran, Kurznummern für eine Vielzahl von Diensten einzuführen, so dass für alle Kunden der Zugriff auf diese Dienste unabhängig vom Aufenthaltsland immer über die gleiche Kurznummer erfolgen kann. Das Bedürfnis für eine solche Lösung ist evident. Auch die schweizerischen Mobilfunkanbieterinnen haben Serviceplattformen installiert, die diese Vereinheitlichung unterstützen. Der nahtlose Zugriff auf vertraute Kurznummern ist nicht nur für Geschäftsreisende von Interesse. Die Schweiz ist auch ein Tourismusland, dessen ausländische Gäste eigentlich erwarten dürfen, dass in der Schweiz technische Dienstleistungen, die in der Heimat funktionieren, ebenfalls verfügbar sind. Eine Reihe dieser Dienste ist über Kurznummern zugänglich, wobei in der Schweiz die Bestimmungen in der AEFV hinderlich sind. Unseres Wissens ist die Schweiz der einzige europäische Staat, welcher die Benützung von Kurznummern durch Mobilfunkanbieterinnen derart restriktiv handhabt. Dadurch droht in der Schweiz eine Insellösung, die insbesondere die Zusammenarbeit der schweizerischen Mobilfunkanbieterinnen im Hinblick auf moderne, grenzübergreifende Dienste unnötig erschwert. Art. 25 AEFV ist deshalb im dem Sinne zu ergänzen, dass auch so genannte „Inbound-Roamer“ Kurznummern nutzen können.

Aus diesen Gründen beantragen wir, **Art. 25 AEFV** wie folgt zu ergänzen:

*Art. 25 Abs. 5 (neu)*

<sup>5</sup> **Keine Zuteilungspflicht besteht, wenn eine Anbieterin eine Kurznummer nur Kundinnen und Kunden ausländischer Anbieterinnen zur Verfügung stellt.**

### **Beilagenverzeichnis**

1. Ökonomische Gesamtschau zur Beurteilung des regulatorischen Handlungsbedarfes
2. Rechtsgutachten von Prof. Andreas Kley, Universität Bern, zur Frage der gesetzlichen Grundlage einer ULL-Verpflichtung
3. Statistik zum Vorwurf der zu langen Dauer von IC-Verfahren
4. Gegenüberstellung des Vernehmlassungsentwurfes und der Revisionsvorschläge von Swisscom