

Per E-Mail an tp-secretariat@bakom.admin.ch

Bundesamt für Kommunikation BAKOM
Zukunftsstrasse 44
Postfach 252
CH-2501 Biel

Liestal, 19. März 2020

Stellungnahme zur Revision der Verordnungen zum FMG

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2019 haben Sie interessierte und betroffene Kreise eingeladen, bis zum 25. März 2020 zu den FMG-Verordnungsentwürfen, insbesondere zur Revision der Fernmeldedienstverordnung (nachfolgend „**E-FDV**“), Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Möglichkeit der Meinungsäusserung, die für uns **äusserst wichtig** ist, weil insbesondere mit der E-FDV zahlreiche Vorschriften geschaffen werden, die direkte Einwirkungen auf die Geschäftstätigkeit von Fernmeldenetzbetreiber und Fernmeldedienstanbieter haben.

Entsprechend bitten wir Sie, unsere nachfolgenden Bemerkungen bei der weiteren Ausarbeitung insbesondere der E-FDV zu berücksichtigen.

Die vorliegende Stellungnahme erfolgt innert Frist und äussert sich zu Themen, die uns in der Geschäftstätigkeit bereits jetzt und voraussichtlich in Zukunft direkt betreffen.

A. Generelle Bemerkungen

Verschiedene neue und angepasste Verordnungsbestimmungen werden voraussichtlich zu unverhältnismässigem Mehraufwand für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten (FDA) führen, ohne dass ein Mehrwert für die Konsumentinnen und Konsumenten resultiert. Der durch das revidierte FMG gegebene Handlungsspielraum wird eher maximal als optimal ausgeschöpft und es lässt sich deshalb die Frage stellen, ob ein derart invasiver Regulierungsansatz, der beispielsweise detaillierte Preis- und Angebotsvorschriften beinhaltet, dem dynamischen und schnelllebigen Marktumfeld überhaupt gewachsen ist. Die Regulierung des Fernmeldewesens soll schliesslich kein Selbstzweck sein, sondern möglichst zielorientiert Leitplanken für den liberalisierten Markt setzen. Es ist zu vermuten, dass ein prinzipienbasierter Ansatz am Ende wirksamer wäre und für die

Verwaltung und die Anbieterinnen weniger Vollzugaufwand bedeuten würde. Währenddessen könnten die Kundinnen und Kunden weiterhin von kontinuierlich besseren Preisen und Leistungen profitieren.

B. Spezifische Bemerkungen zu einzelnen Verordnungsbestimmungen

1. Tarife für das internationale Roaming und dessen Entsperrung (Art. 10a Abs. 4 E-FDV)

Mit der Begründung, dass nicht mehr alle Mobilfunkgeräte SMS zur Information über Roaming-Tarife empfangen können (z.B. Tablets, Uhren, etc.), darf eine Nutzung in Roaming-Situationen erst ermöglicht werden, nachdem eine Kundin oder ein Kunde den Zugang zu einer entsprechenden Nutzung aktiviert hat (Art. 10a Abs. 4 lit. a E-FDV). Aus dem erläuternden Bericht ergibt sich, dass daraus auch eine Pflicht zur Sperrung einer entsprechenden Nutzung abgeleitet wird, folglich die Anbieterinnen von Mobilfunkdiensten wissen müssten, bei welchem Gerät und welcher Kundin/welcher Kundin eine Benachrichtigung über eine SMS funktioniert und wann nicht. Eine solche Überprüfung bzw. Inventarisierung ist unverhältnismässig und dazu aus datenschutzrechtlicher Sicht problematisch. Wie dieses Inventar nicht SMS-fähiger Geräte aus praktischer Sicht möglich sein soll, ist unklar und risikobehaftet. Als Konsequenz müsste eine Mobilfunkanbieterin sämtliches Roaming für alle Geräte standardmässig sperren, um sicherzugehen, dass sie die Pflicht in Art. 10a Abs. 4 lit. a E-FDV einhalten. Zudem führt eine Sperrung eines Dienstes ohne jede Vorankündigung erfahrungsgemäss zu unnötigen Belastungen der Call Centers und ist reputationsschädigend. Es darf zwischenzeitlich davon ausgegangen werden, dass die Konsumentin bzw. der Konsument weiss, dass im Ausland Roaming-Gebühren anfallen, und für die Verhinderung diesbezüglicher Überraschungen die gemäss geltendem Recht und in der Praxis aktuell bereits zur Verfügung gestellten *ex ante*-Massnahmen (z.B. explizit erforderlicher Kauf von Datenpaketen durch den Endkunden zur Entsperrung des internationalen Daten-Roamings, welches statistisch betrachtet am meisten Beschwerden wegen Roaming-Tarifen verursacht) sowie die Verpflichtung gemäss Art. 10a Abs. 5 E-FDV ausreichend sind; in Abs. 5 ist die Präzisierung „im Voraus“ überflüssig, weil eine Aktivierung immer im Voraus erfolgt und hier der Regulierungspunkt auf einer „einfachen und raschen“ Applikation zur Aktivierung und Deaktivierung im Zentrum steht. Die informative Aufgabe einer Mobilfunkdiensteanbieterin kann demnach einzig und korrekterweise nur – aber immerhin – darin bestehen, den Kundinnen und Kunden zu ermöglichen, Roaming im Kundenportal einfach zu sperren und Kosten-Obergrenzen festzulegen. Die Anwendung dieser Werkzeuge muss jedoch weiterhin in der Verantwortung der Kundinnen und Kunden liegen.

Sollte an diesem Mechanismus festgehalten werden, ist Abs. 4 lit. a auf Datendienste zu beschränken bzw. Anruf- und SMS-Dienste von der Verpflichtung auszunehmen.

Unsere Forderung:

Art. 10a Abs. 4 lit. a bis c E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

Eventualiter ist Art. 10a Abs. 4 lit. a E-FDV wie folgt zu ändern (Änderungen in fetter und kursiver Schrift):

a. dürfen sie die Nutzung **von Datendiensten** erst ermöglichen, nachdem die Kundin oder der Kunde den Zugang aktiviert hat;

Art. 10a Abs. 5 ist wie folgt zu ändern (Änderungen in fetter und kursiver Schrift):

⁵ Sie müssen ihren Kundinnen und Kunden ermöglichen, den Zugang ~~im Voraus~~ einfach und unentgeltlich zu aktivieren und ihn jederzeit wieder zu deaktivieren. Zudem müssen sie ihre Kundinnen und Kunden bei jeder Aktivierung sowie mindestens einmal jährlich über die Folgen der Aktivierung informieren

2. Internationale Roaming-Dienstleistungen von Drittanbieterinnen (Art. 10c E-FDV)

Gemäss dem neuen Art. 10c E-FDV dürfen Mobilfunkanbieterinnen die Inanspruchnahme von Roamingdienstleistungen von Drittanbietern im Ausland nicht behindern oder verunmöglichen. In der Praxis werden Roaming-Dienstleistungen von Drittanbietern tatsächlich teilweise gar nicht angeboten. Dies deshalb, weil die Bereitstellung eines Dienstes betrieblich und technisch auf Seiten der Mobilfunkanbieterin aktiv implementiert werden muss. Gemäss Vorstellungen des Bundesrats entscheidet nach Art. 10c E-FDV jedoch die Kundin oder der Kunde über eine Inanspruchnahme und nicht mehr die für die technische Machbarkeit in der Verantwortung stehende Mobilfunkdienstanbieterin. Ein solches On Demand-Konzept ist in der Realität gar nicht umsetzbar. Die Bereitstellung von Nutzungsmöglichkeiten auf Vorrat ist betrieblich riskant und eine unangemessene Verpflichtung für eine Mobilfunkdienstanbieterin. Die im erläuternden Bericht als Beispiel genannte Technologie Local Breakout (LBO) wurde im Jahr 2014 noch als Zukunftslösung gesehen, hat sich jedoch nie durchgesetzt und ist heute bereits wieder veraltet. Es wäre unverhältnismässig, von einer Mobilfunkdienstanbieterin zu verlangen, jedes beliebige Angebot eines Roaming-Drittanbieters in ihrem System implementieren zu müssen. Selbst die Ergänzung der Bestimmung um den Vorbehalt eines Angebots ohne technische Vorleistung der Mobilfunkdienstanbieterin ist nicht geboten, weil Verpflichtungen mit Vorbehalten am Ende in der Rechtswirklichkeit mehr Fragen als Klärung bringen. Solche Regulierungen sind unnötig, schaffen Rechtsunsicherheit und bleiben in der Realität toter Buchstabe. Auf solche Bestimmungen ist deshalb zu verzichten.

Unsere Forderung:

Art. 10c E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

3. Optionen für internationale Roaming-Dienstleistungen (Art. 10d E-FDV)

Gemäss Art. 10d lit. b E-FDV soll das Startdatum einer Option durch den Kunden oder die Kundin frei gewählt werden können. In der Praxis wird eine vom Kunden oder von der Kundin gewählte Option aktiviert, d.h. das Startdatum ist *per se* frei gewählt. Der Wortlaut von lit. b ist missverständlich und bringt in der Praxis keinen Mehrwert. Lit. b ist ersatzlos zu streichen.

Unsere Forderung:

Art. 10d lit. b E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

4. Information der Anbieterinnen über die Qualität der Dienste (Art. 10e E-FDV)

Fernmeldedienstanbieterinnen mit einem Marktanteil bei mobilen und festen Internetzugängen von über einem Prozent sollen dazu verpflichtet werden, die Öffentlichkeit über die Qualität der von ihnen angebotenen festen und mobilen Internetanschlussdienste zu informieren. Nebst Informationen über die tatsächlich erreichte Datenübertragungsrate eines Internetanschlusses, die Verzögerung, Schwankungen in der Verzögerung und den Verlust von Datenpaketen beim Transport (Art. 10e Abs. 4 E-FDV, mit welchem die „Qualität“ definiert wird, über die am Ende zu informieren ist), sollen auch statistische Karten zu Bandbreiten-Verfügbarkeiten veröffentlicht werden (Art. 10e Abs. 5 Satz 2 E-FDV). Letzteres existiert mit dem vom BAKOM verantworteten Breitbandatlas (www.breitbandatlas.ch) bereits seit 2014. Für die Messung der tatsächlich erreichten Bandbreite eines Internetanschlusses sind in der Praxis ebenfalls bereits öffentlich verfügbare Vergleichsdienste vorhanden (sog. „Speed Tests“). Anbieterinnen, welchen dies aufgrund der verwendeten Technologie möglich ist (VDSL), kommunizieren im Bestellprozess zudem bereits heute die effektiv erhältliche Bandbreite eines Internetanschlusses an einer Adresse. Bei sogenannten „Shared Medien“ (sämtliche Mobilfunk- und aber auch alle Kabelnetze) ist dies jedoch nicht möglich, da die erreichte Geschwindigkeit immer von der aktuellen Auslastung der Zelle/der Mobilfunkantenne abhängig ist. In den Erläuterungen zur E-FDV ist

diese Problematik zu recht angesprochen, folglich aussagekräftige Vergleich schon deshalb gar nicht möglich sind. Es macht deshalb keinen Sinn und schafft für Konsumentinnen und Konsumenten keinen Mehrwert, noch einen weiteren, kostenintensiven Vergleichsdienst zu schaffen, obwohl allen Kundinnen und Kunden die notwendigen Werkzeuge bereits zur Verfügung stehen. Die Absätze 2 und 3 des Verordnungsentwurfs widerspiegeln nicht die technische Realität und sind so nicht umsetzbar. Auch hier gilt es, Augenmass zu wahren und nicht einfach etwas um des Regulierungswillens zu regulieren.

Weiter ist zu betonen, dass die tatsächlich erreichte Datenübertragungsrate unter anderem auch von einem eingesetzten Endgerät der Kundinnen und Kunden abhängig sein kann. Eine Fernmeldedienstanbieterin kann deshalb auch nur einen theoretischen Wert angeben, was der Internetzugang maximal zu leisten vermag. Angaben wie „Jitter“ und „Delay“ interessieren den Grossteil der Kundinnen und Kunden nicht bzw. unterlässt es der Bundesrat in den Erläuterungen, einen entsprechenden Bedarf oder entsprechende Forderungen zu begründen und zu belegen.

Sollen an den gemäss Breitbandatlas bereits bestehenden Qualitätsmessgrössen effektive Anpassungen vorgenommen werden, muss sich das BAKOM vorgängig zwingend mit den verpflichteten Fernmeldedienstanbieterinnen absprechen. Für die dazu notwendigen technischen und administrativen Vorschriften reichen in der Fernmeldedienstverordnung neben Abs. 6 (in beantragter abgeänderter Form) die Abs. 1 und Abs. 7 von Art-10e E-FDV (in beantragter abgeänderter Form) vollkommen aus.

Unsere Forderungen:

Art. 10e Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 E-FDV sind ersatzlos zu streichen.

Art. 10e Abs. 6 E-FDV ist wie folgt zu ändern (Änderung in fetter und kursiver Schrift):

⁶ Die Pflicht zur **Information und** zur Veröffentlichung gilt für alle Anbieterinnen mit einem Marktanteil über einem Prozent an **den in der Schweiz insgesamt genutzten** festen und mobilen Internetzugängen.

Art. 10e Abs. 7 E-FDV ist wie folgt zu ändern (Änderungen in fetter und kursiver Schrift):

⁷ Das BAKOM regelt **in Absprache mit den zur Information verpflichteten Anbieterinnen** die technischen und administrativen Vorschriften, wie die Anbieterinnen die Qualitätsmessgrössen messen und präsentieren müssen. **Das BAKOM unterhält dazu eine ständige Arbeitsgruppe mit Beteiligung aller zur Information verpflichteten Anbieterinnen.**

5. Offenes Internet (Art. 10f E-FDV)

Art. 12e betreffend offenes Internet ist das Resultat einer intensiv und detailliert geführten gesetzgeberischen Debatte. Es wird dazu auf die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung verwiesen. Es ist nicht Sache des Verordnungsgebers, gesetzliche Begriffe wie „Integrität oder Sicherheit des Netzes“ (Art. 12e Abs. 2 lit. b Rev FMG) oder „vorübergehende und aussergewöhnliche Netzüberlastungen“ generell-abstrakt auszulegen oder sogar materiell zu verändern. Für Art. 10f E-FDV fehlt die Kompetenz des Verordnungsgebers sowie die gesetzliche Grundlage. Es ist Sache der Gesetzesanwendung, zu Art. 12e Abs. 2 Rev-FMG Rechtsfortbildung zu betreiben, indem eine zuständige Instanz in der Praxis interveniert und unter Angabe einer korrekten Rechtsmittelbelehrung dem Verfügungsadressaten, hier einer Fernmeldedienstanbieterin, welche vermeintlich den in Art. 12e Abs. 1 Rev-FMG normierten Gleichbehandlungsgrundsatz missachtet, eine gerichtliche Kontrolle ermöglicht. Es geht nicht an, dass ohnehin schon detaillierte Gesetzesartikel über eine Ausführungsbestimmung materiell derart eingeschnürt werden, wie das mit Art. 10f E-FDV offenbar beabsichtigt ist. Um seine Infrastruktur bestmöglich zu schützen und deren zuverlässige Funktion zu gewährleisten, muss es einer Fernmeldedienstanbieterin möglich sein, auch *ad hoc*-Massnahmen zu ergreifen, wenn das Sicherheitsrisiko grosse mögliche Auswirkungen hat, aber nur mit mittlerer oder geringer Wahrscheinlichkeit eintritt. Das Risk Asses-

sment ist Sache einer unternehmerischen Tätigkeit und nicht des Bundesrates als Verordnungsgebers. Insbesondere mit Art. 10f Abs. 2 und Abs. 4 E-FDV wird Art. 12e Abs. 2 Rev-FMG restriktiv ausgelegt. Abs. 1 braucht es sodann schon deshalb nicht, weil damit – noch dazu mit anders lautender Redaktion – inhaltlich die Gesetzesbestimmung in Art. 12e Abs. 2 lit. a Rev-FMG nachgesprochen wird. Abs. 3 braucht es nicht, weil mit dem Wort „ausdrücklich“ in Art. 12e Abs. 2 lit. c Rev-FMG bereits klargestellt ist, dass eine entsprechende Zustimmung nicht mittels Globalübernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen kann. Dazu gibt es eine grosse Gerichtspraxis, entsprechend es keine Präzisierung auf Verordnungsstufe braucht. Damit ist erstellt, dass für Art. 10f E-FDV kein Bedarf und rechtlich kein Platz besteht. Die Bestimmung ist ersatzlos zu streichen.

Unsere Forderung:

Art. 10f E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

6. Übermittlung von Nummern (Art. 26a E-FDV)

Gegen die Normierung der Berechtigung, die vorgeschlagenen Massnahmen im Falle des sogenannten „Spoofing“ umzusetzen (Nummernunterdrücken oder Unterbindung des Anrufs), ist nichts einzuwenden. Jedoch müssen diese Massnahmen ergriffen werden dürfen, wenn Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verwendung vorliegen. Eine Kenntnis ist nie zu 100% möglich. Gegen die gleichzeitige Normierung von entsprechenden Pflichten in der vorliegenden Form sprechen jedoch die folgenden Gründe: Erstens ist nicht klar, was die Wendung „Haben Anbieterinnen Kenntnis davon“ in der Praxis genau heisst. Bei der Beachtung von Pflichten ist die Ausgangslage bzw. Basis der Pflicht jedoch klar und deutlich zu regeln; alles andere bedeutet, Rechtsunsicherheit zu schaffen. Die genaue Feststellung der Ungültigkeit oder einer unrechtmässigen Verwendung einer Nummer des Anrufenden ist vor allem für kleine Anbieterinnen schwierig. Anrufe auf eigenen Verdacht hin aus Angst vor einer Nicht-Beachtung von Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zu unterdrücken, ist für eine Fernmeldedienstanbieterin aus rechtlicher Sicht problematisch, da sie für die Analyse und Ausführung unerlaubt in Signalisierungsinformationen eingreifen muss und die Gefahr gross ist, dass auch legitime Anrufe gesperrt würden und daraus Rechtsstreitigkeiten mit Kunden entstehen, mithin im Einzelfall mit offenem Ausgang geprüft werden müsste, ob nun die Fernmeldedienstanbieterin Kenntnis davon hatte oder nicht. Dieses Risiko kann mit der Eingriffsschwelle der „Anhaltspunkte“ reduziert werden. Wenn die Pflicht beibehalten werden sollte, müsste diese Anpassung unbedingt erfolgen. Grundsätzlich erachten wir es als kritisch, Handlungspflichten für Anbieterinnen zu normieren, weil solche Pflichten dazu führen werden, dass Anbieterinnen den Fernmeldeverkehr zunehmend über das vom BÜPF erlaubte Mass hinaus überwachen; dies aus Angst davor, Anhaltspunkte für eine Verpflichtung fahrlässig zu übersehen. Grundsätzlich ist es Sache staatlicher Behörden, Massnahmen zur Verhinderung von illegalen Tätigkeiten anzuordnen; Anbieterinnen setzen diese ohne materielle Beurteilung eines Sachverhalts lediglich technisch um. Diese Diskussionen wurden bereits im Zuge der BÜPF- und URG-Revisionen geführt und sind auch hier zu beachten. Es ist daran zu erinnern, dass es in der Schweiz auch in der Zahl zahlreiche kleine Unternehmen gibt, für welche solche Verpflichtungen an sich und im Besonderen eine nicht richtige Erfüllung von solchen Pflichten enorme Kostenfolgen zur Folge haben, die – im Gegensatz zu den grossen Anbieterinnen – nicht über eine grosse Anzahl Kunden skaliert werden können. Auch aus diesem Grund ist mit der Normierung von strikten Pflichten und Handlungsanordnungen in Bezug auf einzelne Sachverhalte grösstmögliche Zurückhaltung zu üben. Wenn schon Anbieterinnen Pflichten auferlegt werden, drastische Massnahmen wie die Unterdrückung einer Nummer anzuwenden, dann ist vorzusehen, dass diese für die Folgen einer Massnahme nicht haftbar gemacht werden können.

Unsere Forderung:

Art. 26 a Abs. 6 E-FDV ist wie folgt zu ändern (Änderungen in fetter und kursiver Schrift):

⁶ ~~Haben Anbieterinnen Kenntnis davon~~ **Im Fall von Anhaltspunkten**, dass eine übermittelte Nummer ungültig ist oder ohne Nutzungsrecht verwendet wird, oder handelt es sich um eine Nummer gemäss Absatz 5, ~~so müssen sind Anbieterinnen sie berechtigt [eventualiter: und verpflichtet]~~, geeignete Massnahmen **zu** treffen ~~und diese untereinander koordinieren~~, um die Übermittlung dieser Nummer zu verhindern oder den Anruf zu unterbinden. **Sie können für die Folgen einer solchen Massnahme nicht haftbar gemacht werden, auch wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Anhaltspunkte nicht zutreffend sind.**

7. Standortidentifikation bei Notrufen: Dienst für die Standortidentifikation (Art. 29 und 29a E-FDV)

Es spricht nichts dagegen, Art. 29 FDV redaktionell durch drei neue Bestimmungen zu verbessern. Es spricht grundsätzlich auch nichts dagegen, den Katalog der Notrufnummern mit Standortidentifikation auf die Telefonhilfe für Kinder und Jugendliche zu erweitern. Mit der redaktionellen Verbesserung sind aber auch schlechende materielle Anpassungen zu verzichten. Konkret geht es um Verpflichtungen, die einer Anbieterin im Zusammenhang mit der Standortidentifikation aufgebürdet werden. Diese weisen wir zurück und fordern entsprechende Anpassungen am vorgeschlagenen Verordnungstext.

Abs. 2 von Art. 29 E-FDV ist in Bezug auf die verlangte Deaktivierung der Ortungsfunktion nach einem Notruf insoweit zu ergänzen, als das nur möglich ist, wenn dies auf einem Endgerät überhaupt aus der Ferne deaktiviert werden kann und (kumulativ), wenn dieser Anwendungsfall von der Anbieterin automatisch vollzogen, d.h. die Deaktivierung nach Abschluss des Notrufs als automatische Folge programmiert werden kann. Bei dieser Bestimmung geht es hauptsächlich darum, geblockte Standortidentifikationen im Notfall zu umgehen, um Leben zu retten oder Schaden zu verhindern. Der Persönlichkeitsschutz tritt in diesen Fällen zurück. Es ist Sache des „Beschützten“, danach die generelle Standortidentifikation auf seinem Endgerät wieder zu blockieren, wenn das für die Anbieterin, welche die Standortidentifikation für Polizei, Feuerwehr und Rettungskräfte gewährleisten muss, nicht mit geringstmöglichem Aufwand technisch und automatisch möglich ist. Eine Verpflichtung ist hier nicht opportun.

Unsere Forderung:

Art. 29 Abs. 2 E-FDV ist wie folgt zu ändern (Änderungen in fetter und kursiver Schrift):

²Geräteeigene Ortungsfunktionen dürfen bei einem Notruf ohne ausdrückliche Zustimmung der Kundinnen und Kunden aktiviert werden und sind nach dessen Beendigung **soweit dies technisch und automatisch möglich ist** wieder zu deaktivieren.

Abs. 3 von Art. 29 E-FDV ist zu streichen, weil nicht ersichtlich ist, inwiefern die Kompetenz für die Listung von Notrufnummern bei einem Bundesamt und nicht beim Bundesrat selbst liegen soll. Der Notrufnummernplan ist und soll statisch sein, um die Implementierungskosten für die verpflichteten Anbieterinnen möglichst tief zu halten.

Unsere Forderung:

Art. 29 Abs. 3 E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

Art. 29a E-FDV ist zu streichen. Der Verordnungsgeber ist sich selbst nicht sicher, ob er gestützt auf die Delegationsnorm in Art. 20 Abs. 3 Rev-FMG tatsächlich über die Kompetenz verfügt, in Bezug auf AML-Services derart verordnen zu können, dass aus diesen in der Regel inhaltlich umfassenden Datenpaketen Standortidentifikationsdaten herausgelesen und an den Notrufdienst übermittelt werden müssen. Abgesehen davon, dass diese Verordnungsbestimmung den Anbieterinnen von Mobilfunkdiensten hohe Kosten verursachen, besteht die Gefahr, dass ein Ausfiltern der Standortidentifikation nicht gelingt und stattdessen hochsensible Personendaten übermittelt werden. Insofern verstösst diese Verordnungsbestimmung gegen das höherrangige Datenschutzgesetz und ist – aus unserer Sicht – von Art. 20 Abs. 3 E-FDV nicht gedeckt. Erstaunlich ist dazu, dass

der Vorordnungsgeber im erläuternden Bericht offen im Konjunktiv über seine Kompetenz mutmasst („Vom Sinn und Zweck dieser Bestimmung ebenfalls gedeckt sein dürfte dabei eine Ausdehnung auf ‚Notrufpakete‘ im Sinne der genannten Beispiele, [...]“ (S. 15 zu Art. 29a E-FDV). Es ist absehbar, dass die Zulässigkeit einer so begründeten Norm gerichtlich über die akzessorische Normenkontrolle geprüft werden müsse, wenn gleichzeitig ausgeführt wird, dass „dementsprechend vorgeschlagen [wird], die beiden wichtigsten Weiterentwicklungen im Bereich der ‚Notrufpakete‘ wie folgt zu regeln, wobei zu beachten ist, dass die in diesem Zusammenhang neu entstehenden Kosten von den Mobilfunkkonzessionärinnen zu tragen sind: [...]“. Wenn es darum geht, für die Mobilfunkkonzessionärinnen eine entsprechende Berechtigung zu schaffen, dann sind als alternative zur Streichung die beiden Absätze von Art. 29a E-FDV in Kann-Vorschriften abzuändern.

Unsere Forderung:

Art. 29a E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

8. Verrechnung von Mehrwertdiensten (Art. 38 Abs. 3^{bis} E-FDV)

Gemäss erläuterndem Bericht soll mit Art. 38 Abs. 3^{bis} E-FDV das Problem der fehlenden Identifizierbarkeit einer Mehrwertdienstanbieterin ohne Adressierungselemente oder SMS-Benachrichtigung gelöst werden. Das ist falsch. Mit der neuen Bestimmung wird für Anbieterinnen von Telefoniediensten eine Pflicht geschaffen, die korrekte Adresse eines Mehrwertdienstanbieters auf der Rechnung anzugeben. Es wird damit eine Nachforschungspflicht geschaffen, die in der Praxis nicht umsetzbar ist. Diesem Argument kann auch nicht damit begegnet werden, mit dem neuen Art. 37 E-FDV hätte jeder Mehrwertdienstanbieter eine Niederlassungs- und Sitzpflicht in der Schweiz. Ob und wie diese Verpflichtung von einem von einer Kundin oder von einem Kunden gewählten Mehrwertdienst eingehalten wird, ist nicht klar. Es handelt sich dabei nicht um eine Registrierungspflicht, aus welcher Listen resultieren, auf die eine Anbieterin zugreifen und zu ihrer Sicherheit alle nicht registrierten Nummern per se sperren könnte. Es ist nicht ersichtlich, wie eine Anbieterin die Pflicht zur Angabe einer Adresse erfüllen könnte; es sei denn, sie sperrt ex ante alle Mehrwertdienstnummern, die weder über Adressierungselemente des Nummerierungsplans E.164, noch mittels SMS oder MMS bereitgestellt werden.

Unsere Forderung:

Art. 38 Abs. 3^{bis} E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

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

Die gemäss Art. 41 Abs. 1 E-FDV vorgesehene Sperrung sämtlicher Mehrwertdienste trifft alle Angebote und nicht nur Sachverhalte, die dem Jugendschutz dienen. Folglich sind für Nutzer unter 16 Jahren alle Dienste per Voreinstellung nicht mehr zugänglich. Das schiesst über das Ziel hinaus und schafft sowohl für Kundinnen und Kunden, als auch für die Anbieterinnen eine nicht gewollte Komplexität. Wir fordern deshalb, dass am aktuellen Art. 41 E-FDV festgehalten und somit die Beschränkung auf die Sperrung von Diensten mit Jugendschutz-Restriktionen (erotischer und pornografischer Inhalt) belassen wird. Der vorgeschlagene Art. 41 E-FDV ist dementsprechend zu streichen. Sollte an der Sperrung sämtlicher Mehrwertdienste festgehalten werden, müsste in Abs. 2 mindestens präzisiert werden, dass der Zugang nur mit Einverständnis des Vertragsinhabers und bei minderjährigen Vertragsinhabern bei Einverständnis einer zur gesetzlichen Vertretung berechtigten Person entsperrt werden darf.

Unsere Forderung:

Art. 41 E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

Eventualiter ist Art. 41 Abs. 2 E-FDV wie folgt zu ändern (Änderungen in fetter und kursiver Schrift):

² Sie entsperren den Zugang nur mit Zustimmung **des Vertragsinhabers, oder bei einem minderjährigen Vertragsinhaber** einer zur gesetzlichen Vertretung berechtigten Person.

10. Datenschutz (Art. 48 Abs. 4 E-FDV)

Gemäss Art. 48 Abs. 4 letzter Satz E-FDV soll die ombudscom Statistiken über die Fallzahlen aufgeschlüsselt nach den einzelnen Anbieterinnen veröffentlichen können. Diese Anpassung steht im Zusammenhang mit ergangenen Auskunftsbegehren von Journalisten bei der ombudscom, wobei die Journalisten jeweils das Öffentlichkeitsgesetz angerufen haben, um die Namen der an den Verfahren vor ombudscom beteiligten Anbieterinnen ausfindig zu machen. Die Branche hat sich jeweils - soweit sie konnte - gegen diese Namensnennungen gestellt, unter anderem mit dem Argument, solches sei im spezialgesetzlichen Fernmelderecht mit guten Gründen bewusst ausgeklammert worden. Wir vertreten diese Auffassung nach wie vor, da die Nennung der Namen der Anbieterinnen im blossen Verhältnis zur Anzahl Fälle unter Ausblendung der jeweiligen Marktanteile sowie aller weiteren Fallumstände keine relevanten Rückschlüsse auf die Qualität der einzelnen Anbieterinnen zulassen. Die Veröffentlichung des statistischen Fallaufkommens aufgeschlüsselt nach den beteiligten Anbieterinnen, wird zu einem unqualifizierten Ranking der Anbieterinnen in den Medien und damit zu einem unbegründeten Wettbewerbsnachteil für die einzelnen Anbieterinnen auf den vorderen Rängen führen. Wir lehnen eine derartige Verzerrung des Wettbewerbs ab.

Unsere Forderung:

Art. 48 Abs. 4 letzter Satz E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

11. Mitbenützung gebäudeinterner Anlagen (Art. 78b E-FDV)

Art. 35b Abs. 1 Rev-FMG sieht vor, dass jede Anbieterin das Recht zur Mitbenützung der für die fernmelde-technische Übertragung bestimmten gebäudeinternen Anlagen hat. Dies unter anderem mit dem Vorbehalt der technischen Vertretbarkeit. Dieser Vorbehalt ist damit begründet, dass zum Beispiel Koaxial-Hausverteilanlagen ohne Störungsrisiken nicht von mehreren Anbieterinnen gleichzeitig genutzt werden können. Hier ist eine Duldungspflicht derjenigen Anbieterin, welche diese gebäudeinterne Anlage realisiert hat bzw. den technischen Betrieb zu verantworten hat, schon auf Stufe Rev-FMG ausgeschlossen. Entsprechend ist Art. 78b E-FDV zur Verhinderung von Missverständnisse und zwecks Schaffung von Klarheit zu präzisieren.

Unsere Forderung:

Art. 78b lit. b E-FDV ist wie folgt zu ändern (Änderungen in fetter und kursiver Schrift):

Die Verpflichtung von Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern sowie von Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die Mitbenützung gebäudeinterner Anlagen nach Artikel 35b Absatz 1 FMG **soweit technisch vertretbar** zu dulden, umfasst auch die Duldung:

a. der Mitbenützung der Stromanschlüsse; **und**

b. der Installation von Anlagen, die einer mitbenutzenden Anbieterin zur Erbringung ihrer Fernmeldedienste dienen.

12. Bekämpfung unlauterer Werbung (Art. 83 E-FDV)

Gemäss Art. 83 Abs. 3 und Abs. 7 E-FDV sollen Anbieterinnen einerseits über die eigenen Sperren, als auch

über die individuellen Massnahmen von Kundinnen und Kunden informieren. Wir erachten dieses System als nicht angemessen und bürokratisch und fordern deshalb die ersatzlose Streichung. Es ist festzuhalten, dass es sowohl im Festnetz- als auch Mobilfunk-Bereich zahlreiche etablierte Möglichkeiten gibt, eine eigene Sperrliste zu führen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb darüber von den Anbieterinnen auch noch Buch geführt werden sollte. Wenn das Bundesamt für Kommunikation eine Liste aller gesperrten Quellen für die Bekämpfung unlauterer Werbung als notwendig erachtet, dann ist eine entsprechend konsolidierte Liste von ihm zu führen; entsprechendes wäre in Art. 83 E-FDV in einem separaten Absatz zu regeln. Auf Absatz 3 kann weiter deshalb verzichtet werden, weil in Abs. 2 in Bezug auf aktive Tätigkeiten der Anbieterinnen die Zurverfügungstellung von geeigneten Mitteln bereits geregelt ist.

Unsere Forderung:

Art. 83 Abs. 3 und Abs. 7 E-FDV sind ersatzlos zu streichen.

Gemäss geltendem Art. 83 Abs. 2 FDV sind Anbieterinnen schon heute berechtigt, unlautere Massenwerbung zu unterdrücken, was nun auf die Unterdrückung von generell unlauterer Werbung ausgedehnt wird. Mit der Revision der FDV ist in diesem Zusammenhang klarzustellen, dass Anbieterinnen für diese Unterdrückung nicht haftbar gemacht werden können. Entsprechend ist Art. 83 Abs. 4 E-FDV zu ergänzen.

Unsere Forderung:

Art. 83 Abs. 4 ist wie folgt zu ändern (Änderungen in fetter und kursiver Schrift):

⁴ Sie dürfen unlautere Werbung unterdrücken, **und können für eine fahrlässig erfolgte irrtümliche Unterdrückung nicht haftbar gemacht werden.**

Analog zu unserer Forderung und Begründung zu Art. 26a E-FDV sollte auch im Fall von unlauterer Werbung die Eingriffsschwelle für das Sperren von Nachrichten und das Unterbinden des Aufbaus von Verbindungen bis hin zur Netztrennung der Kundinnen und Kunden auf vorliegende „Anhaltspunkte“ reduziert werden. Gerade für kleine Anbieterinnen wird es nahezu unmöglich oder dann höchst aufwendig werden, zu überprüfen, ob es sich zweifelsfrei um unlautere Werbung handelt.

Unsere Forderung:

Art. 83 Abs. 5 ist wie folgt zu ändern (Änderungen in fetter und kursiver Schrift):

⁵ ~~Hat eine Anbieterin Kenntnis davon~~ **Im Fall von Anhaltspunkten**, dass eine ihrer Kundinnen oder einer ihrer Kunden über ihr Fernmeldenetz unlautere Werbung versendet oder weiterleitet, so ~~muss sie~~ **kann [eventualiter: muss] die Anbieterin** umgehend den Versand dieser Nachrichten sperren und den Aufbau der entsprechenden Verbindungen verhindern. Sie darf Kundinnen und Kunden, welche unlautere Werbung versenden oder weiterleiten, vom Fernmeldenetz trennen.

13. Hinweis zur systematischen Stellung der vorgeschlagenen Art. 89a und 89b E-FDV und zu Art. 89 FDV

Die geplanten Art. 89a und 89b E-FDV sollen vor dem Gliederungstitel des 10. Kapitels eingefügt werden. Art. 89 FDV ist aktuell eine blosser Verweisbestimmung, die in der Praxis für mehr Konfusion als Klärung führt. Art. 89 „Datenschutzgesetzgebung“ kann ersatzlos gestrichen werden; andernfalls macht die systematische Aufhängung von Art. 89a und 89b E-FDV hinter Art. 89 FDV keinen Sinn. Ein Streichung von Art. 89 FDV kann deshalb ohne Konsequenz erfolgen, weil die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des FMG (und deshalb auch ihrer Ausführungsbestimmungen) dem allgemeinen Datenschutzrecht vorgehen (*lex specialis derogat lex generalis*), jedoch auch ohne Verweis im spezialgesetzlichen Normengefüge das generelle Datenschutzrecht gilt, wo die spezialgesetzlichen Normen eine Thematik nicht abschliessend regeln.

Unsere Forderung:

Art. 89 FDV ist ersatzlos zu streichen.

14. Informationen über den Kinder- und Jugendschutz (Art. 89a E-FDV)

Art. 89a E-FDV sieht für Anbieterinnen neu eine umfassende und individuelle Beraterrolle für sämtliche Belange im Bereich Jugendmedienschutz „im Internet“. Wie umfassend das gemeint ist, ergibt sich aus dem erläuternden Bericht (S. 27). So müssten FDA unter Umständen individuelle Einstellungsempfehlungen für Facebook oder Instagram abgeben. Das sind Plattformen, die weder von den Anbieterinnen betrieben werden, noch sind ihre Mitarbeiter dafür geschult sind. Allein die Tatsache, dass eine Anbieterin den Zugang zum Internet herstellt, rechtfertigt diese Beraterfunktion nicht. Sie ist in dieser Form auch nicht von einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen und die Überauslegung des an sich klar verständlichen Art. 46a Abs. 1 Rev-FMG falsch. Wir weisen diese allgemeine schulische Aufgabe im Umgang mit dem Internet als Arbeits-, Lebens- und Informationsmedium entschieden zurück. Anbieterinnen können einzig aktive Beraterdienstleistungen in Bezug auf Schutzapplikationen erbringen, die sich direkt auf den von ihr bereitgestellten Internetzugang beziehen und von ihr auch in technischer Hinsicht unterstützt werden (wie Filter-Software oder Einstellungen beim Router). So steht es auch in Art. 46a Abs. 1 Rev-FMG.

Unsere Forderung:

Art. 89a E-FDV ist wie folgt zu ändern (Änderungen in fatter und kursiver Schrift):

Die Anbieterinnen von Internetzugängen informieren **und unterstützen** ihre Kundinnen und Kunden über die Möglichkeiten zum Schutz von Kindern und Jugendlichen **beim Internetzugang und deren Anwendung im Internet**. ~~Sie unterstützen ihre Kundinnen und Kunden bei der Anwendung konkreter Schutzmöglichkeiten.~~

15. Verbotene Pornografie (Art. 89b E-FDV)

Art. 89b E-FDV ist ersatzlos zu streichen. Es ist nicht ersichtlich, wo der Regelungsgehalt von Art. 89b E-FDV im Vergleich zu Art. 46a Rev-FMG liegt, abgesehen davon, dass die schon in Art. 46a Rev-FMG vorgesehene Meldung in Verdachtsfällen an das Bundesamt für Polizei „umgehend“ zu geschehen hat. Wenn es vom Verordnungsgeber tatsächlich für notwendig erachtet wird, dazu eine Verordnungsbestimmung zu schaffen, dann ist Art. 89b E-FDV darauf zu beschränken. Was mit Art. 89b Abs. 1 E-FDV gemeint sein könnte, ergibt sich auch nicht aus den Erläuterungen. In Art. 89b Abs. 2 E-FDV ist zudem der letzte Satz „Sie melden alle Verdachtsfälle umgehend dem Bundesamt für Polizei“ missverständlich im Vergleich zu Art. 46a Rev-FMG, wo nicht von „allen Verdachtsfällen“ gesprochen wird, sondern von Verdachtsfällen, auf die sie a) im Rahmen ihrer Tätigkeit und b) zufällig gestossen sind, oder c) auf die sie von Dritten schriftlich hingewiesen wurde. Die Redaktion von Art. 89b E-FDV ist redaktionell verunglückt. Wenn im Kontext mit der Bekämpfung von verbotener Pornografie ein separater Verordnungsartikel notwendig ist, dann fordern wir dazu auf, mit dem nachfolgenden neu redigierten Artikel zu arbeiten.

Unsere Forderung:

Art. 89b E-FDV ist ersatzlos zu streichen.

Eventualiter ist Art. 89b E-FDV wie folgt zu erlassen:

Anbieterinnen von Internetzugängen tragen dafür Sorge, dass Hinweise des Bundesamtes für Polizei und schriftliche Hinweise von Dritten gemäss Artikel 46a Absatz 3 FMG so rasch wie möglich bearbeitet werden, und dass Verdachtsfälle gemäss Artikel 46a Absatz 3 FMG so rasch wie möglich dem Bundesamt für Polizei gemeldet werden.

Wir danken Ihnen im Voraus, dass Sie unsere Bemerkungen und Argumente in die weitere Ausarbeitung der Entwürfe zu Verordnungen des Fernmeldegesetzes einbeziehen und unsere Anträge berücksichtigen. Für Fragen oder Anhörungen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

EBL Telecom AG

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. Koessler', with a stylized flourish at the end.

Adrian Koessler
CEO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Hummel', with a horizontal line drawn underneath.

David Hummel
Leiter Vertrieb