

Eidg. Departement für Umwelt,
Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)
Kochergasse 6
3003 Bern

(per E-Mail an: tp@bakom.admin.ch)

Bern, 31. März 2016

Vernehmlassung zur Teilrevision des Fernmeldegesetzes (E-FMG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 hat das UVEK im Auftrag des Bundesrats die Vernehmlassung über die Vorlage zur Teilrevision des Fernmeldegesetzes (FMG) – nachfolgend die „Revisionsvorlage“ oder „E-FMG“ – eröffnet.

Mit dem vorliegenden Vernehmlassungsbeitrag äussern wir uns innert angezeigter Frist:

1. Vernehmlassungsinteresse

Als in der Schweiz ansässiger Anbieter von Fernmeldeinfrastrukturen und Fernmeldediensten sind wir von der Revisionsvorlage direkt betroffen.

Wir haben in den letzten Jahrzehnten in erheblichem Mass zur Versorgung der Schweiz mit Breitbandkommunikationsinfrastrukturen und -diensten beigetragen. Wir sind damit mitverantwortlich für die aktuelle digitale Fitness unseres Landes. Diesen Beitrag leisteten wir in zunehmend als unfair empfundenem Wettbewerb mit der Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend „Swisscom“).

Wir stellen uns diesem Wettbewerb mit einem Bundesunternehmen auch weiterhin, weil wir überzeugt sind, dass der mit dem Fernmeldegesetz 1998 eingeschlagene Weg der Gewährleistung einer starken infrastrukturellen Grundversorgung und dem dazu notwendigen Infrastrukturwettbewerb grundsätzlich der richtige ist. Wir stellen aber fest, dass dieser Infrastrukturwettbewerb mit zunehmender Marktmacht der Swisscom und deren ungebremseter Expansion in neue, an der ursprünglichen Tätigkeit anknüpfende Geschäftsfelder (z.B. TV-Programmveranstaltung, Big Data Services, Smart Metering, E-Health, etc.) mit dem aktuellen FMG nicht mehr nachhaltig gewährleistet ist.

Dazu ist beachtlich, dass die kommunikative Grundversorgung in der Schweiz über eine Vielfalt verschiedenster strategischer und betriebswirtschaftlicher Konzepte sowie verschiedenster Unternehmen erfolgt. Diese Heterogenität der Swisscom-Wettbewerber darf

nicht durch ein zentralisiertes, vertikal zwischen Infrastruktur- und Dienstleistungsangebot vollständig integriertes Unternehmen des Bundes gefährdet werden. Dieser Gefährdung kann in Zukunft nicht allein mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln begegnet werden. Als die korrekten und zielführenden Regulierungsgefässe erachten wir vielmehr einerseits das Fernmeldegesetz und andererseits das Telekommunikationsunternehmungsgesetz (SR 784.11).

Wir nehmen nachfolgend nur zu denjenigen Revisionsvorschlägen Stellung, die unsere Geschäftstätigkeit direkt betreffen.

2. Zur Etappierung der Fernmeldegesetzrevision

Die Revisionsvorlage ist gemäss Vernehmlassungsschreiben vom 11. Dezember 2015 lediglich der „erste Schritt“, welchen der Bundesrat in seinem Fernmeldebericht vom 19. November 2014 zur Entwicklung im schweizerischen Fernmeldemarkt und „zu den damit verbundenen gesetzgeberischen Herausforderungen“ vorsieht. Bereits in den Fernmeldeberichten 2010 und 2012 machte der Bundesrat in vielerlei Hinsicht solchen regulatorischen Handlungsbedarf aus.

Wir teilen die Ansicht des Bundesrats, dass diese gesetzgeberischen Herausforderungen tatsächlich bestehen, folglich wir auch mit dem Bundesrat einig sind, dass das FMG (und auch das TUG) zu revidieren sind, wenn die ebenfalls beabsichtigte, weiterhin positive Entwicklung im schweizerischen Fernmeldemarkt zum Ziel genommen wird.

Anlässlich der Infrastrukturkommissionssitzung von *economiesuisse* am 15. Februar 2016 wurde auf die Frage, wann dann der „zweite Schritt“ gemacht werden würde, seitens des UVEK/BAKOM geantwortet, dieser wäre kaum noch in dieser Legislatur zu erwarten. Diese Zeitplanung passt mit den oben zitierten Feststellungen und Zielsetzungen des Bundesrats nicht zusammen.

Die Revision eines Fernmeldegesetzes, in welchem zukünftig alle Fäden zusammenlaufen, die – unbestritten – als Grundlage einer digitalisierten modernen Privat- und Geschäftswelt dienen, ist für die betroffenen Unternehmen, das Parlament, die Parlamentskommissionen und die Verwaltung eine komplexe und teure Angelegenheit. Ob es sich dabei um eine Teil- oder Totalrevision handelt, spielt keine Rolle.

Es ist deshalb für uns bereits aus rein ökonomischen Gründen unverständlich, weshalb der Bundesrat den betroffenen Unternehmen und vor allem auch dem Parlament in zwei aufeinanderfolgenden Legislaturperioden zwei zeitintensive, technisch komplexe Revisionsvorlagen präsentieren will.

Wenn Regulierungsbedarf vom Bundesrat anerkannt ist, dann soll dieser in einem Durchgang effizient und komplett abgewickelt werden. Zu dieser generellen Forderung, Gesetzgebungsprozesse effizient zu gestalten, kommt das zeitliche Element hinzu:

Die Revisionsvorlage ist einerseits eine „Aufräumaktion“ (rund die Hälfte der 41 Positionen der Revisionsvorlage sind redaktioneller Natur) und die Ausdehnung der Verwaltungskompetenzen; andererseits werden aber dennoch marktstrukturelle Themen mitgenommen, wie z.B. die generelle Regulierung des Zugangs zu allen passiven Infrastrukturen ungeachtet einer Marktbeherrschung und eines Fernmeldedienstangebots des Eigentümers, die konzeptionell eigentlich in den „zweiten Schritt“ (bzw. zu den „heissen Eisen“) gehören. Derart materiell wesentliche Themen werden damit voraussichtlich über die nächsten 10 Jahre permanent das Parlament beschäftigen. Die Gefahr ist gross, dass mit einem solchen Vorgehen eine Regulierungsmüdigkeit provoziert wird (die aus der Sicht eines Parlamentariers auch nachvollziehbar ist), und damit selbst für die Bewahrung der heutigen Marktsituationen wichtige Regulierungsentscheide, z.B. Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit erst zukünftig entstehenden Machtpositionen von Swisscom bzw. deren Tochtergesellschaften insbesondere beim Zugang auf ihr FTTH-Netz oder beim Zugang zu mobilen Nutzerdaten, gar nicht mehr oder dann viel zu spät gefällt werden. Das ist unbedingt zu verhindern.

Grundsätzliche Forderung: Wir fordern zur Schonung staatlicher und privater Ressourcen deshalb die vollständige Integration der im „zweiten Schritt“ vom Bundesrat gemäss Fernmeldebericht vom 19. November 2014 geplanten Revisionspunkte in die aktuelle Revisionsvorlage.

3. Positionen

3.1 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf in Bezug auf die Handhabung von Marktbeherrschung

- a) Der Bundesrat hat im Fernmeldebericht vom 19. November 2014 die gesetzgeberischen Herausforderungen solide und präzise evaluiert. Es fehlt aber eine Auseinandersetzung mit mittel- bis langfristig drohenden Gefahren für das nachhaltige Überleben des Infrastrukturwettbewerbs, d.h. insbesondere für die Gewährleistung des Wettbewerbs beim physischen Zugang zum Internet.
- b) Es fehlen konkrete Massnahmen, wie i) mit der schleichend zunehmenden Dominanz von Swisscom auf allen Telecom-Märkten sowie ii) mit der von ihr seit der Liberalisierung des Fernmeldemarktes im derzeitigen ex post-Regime konsequent praktizierten regulatorischen Verzögerungstaktiken in Zukunft umgegangen wird. Gleiches gilt für die Revisionsvorlage. Es sind mindestens die gesetzlichen Möglichkeiten zu schaffen, dass der Bundesrat in Zukunft auf Verordnungsstufe den Zugang zum Glasfasernetz von Swisscom regulieren kann, welches sukzessive auf der Basis von Infrastrukturen des alten Doppelader-Metall-Leitungsnetzes entstanden ist und weiter entsteht. Es ist nicht nachvollziehbar, dass die Revisionsvorlage gerade zu diesem Themenkreis nichts enthält.
- c) Anstatt ein umfangreiches neues Regulierungskonzept mit einer teilweise unverständlichen und unpräzisen Mischung aus ex ante-, ex post- und ex officio-Ele-

menten umzusetzen, sollte aus unserer Sicht am bestehenden Netzzugangsregime (Art. 11-11b FMG) grundsätzlich festgehalten werden. Bis auf die fehlende gesetzliche Grundlage, Streitsituationen klar und schnell erledigen zu können, hat sich diese ex post-Systematik in der Praxis bewährt; die Problematik der Verzögerung liesse sich leicht lösen, indem Entscheidungen des Regulators die aufschiebende Wirkung per Gesetz entzogen wird. Namentlich die vorgeschlagene Neudefinition des Eingriffsinstrumentariums (Toolbox) auf Gesetzesstufe und die Aufblähung und Verkomplizierung der Rechtsverfahren unter Aufgabe des Verhandlungsprimats ist aus unserer Sicht jedoch nicht nötig sowie – vor allem – nicht zielführend, wenn es darum geht, die Swisscom zukünftig effizienter unter Kontrolle zu bringen oder zu halten. Wie bereits oben ausgeführt, wäre dazu vorzusehen, dass der Gesetzgeber an den Bundesrat mindestens die Kompetenz delegiert, den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG) von der Kupfer- auf die Glasfasertechnologie auszuweiten. Gesetzgebungstechnisch wäre dies zu bewerkstelligen, indem i) die Legaldefinition von Art. 3 Bst. d^{bis} FMG am Ende mit dem Zusatz „und/oder der Glasfaserleitung“ ergänzt wird und ii) Art. 11 Abs. 3 FMG mit dem Zusatz „Namentlich entscheidet er darüber, dass bzw. wann neben der Doppelader-Metalleitung auch Glasfaserleitungen dem vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu unterstellen sind.“ versehen wird.

- d) Grundsätzlich positiv zu werten ist der Ansatz, dass die Vorlage in verschiedenen Bereichen dem Bundesrat die Möglichkeit eröffnet, im Fall eines unerwünschten Marktergebnisses rechtzeitig und angemessen eingreifen zu können. Dieses flexible und im Ergebnis auf Gesetzesstufe auch deregulierende Vorgehen entspricht einem ausgewiesenen Bedürfnis des dynamischen Telekommunikationssektors. Als sehr gefährlich erachten wir jedoch die ersatzlose Streichung der allgemeinen Delegationsnorm in Art. 11 Abs. 3 FMG. Diese Streichung ermöglicht es Swisscom in Zukunft noch mehr wie bisher, in Zugangsverfahren die Gesetzmässigkeit von Verordnungsrecht anzuzweifeln und dem Ordnungsgeber Kompetenzüberschreitung vorzuwerfen. Erstaunlich ist, dass gerade bei der Zugangsregulierung eine allgemeine Delegationsnorm gestrichen wird, wenn man bedenkt, dass die Revisionsvorlage ansonsten an über 30 Stellen dem Bundesrat Kompetenzen mit der Begründung delegiert, dass in einem derart dynamischen und technischen Bereich wie der Telekommunikation rasch adäquate Lösungen gefunden werden müssten. Mit Blick auf den geltenden Art. 11 Abs. 3 FMG hat das Bundesgericht „eine weite Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen“ an den Bundesrat erkannt (BGE 131 II 13 E. 6.2 und E. 6.5.2). An diesem Prinzip ist zwingend festzuhalten und damit auch an Art. 11 Abs. 3 FMG.

3.2 Primat von Branchenlösungen

Die Revisionsvorlage sieht in verschiedenen Bereichen Regulierungen vor, zu welchen heute bereits Branchenlösungen bestehen oder am Entstehen sind. Als Beispiele zu nennen

sind betreffend Netzneutralität die „Verhaltensrichtlinien Netzneutralität“ inkl. Schlichtungsstelle (www.s-nn.ch), an welcher auch unser Branchenverband SUISSEDIGITAL beteiligt ist, oder im Bereich des Jugendschutzes die ASUT-Brancheninitiative zu Jugendmedienschutz und Medienkompetenz.

Wir vertreten die Ansicht, dass die Selbstregulierungsmassnahmen der Telekombranche effizienter und zielführender sind, als gesetzliche Vorschriften.

3.3 Gewährleistung von Infrastrukturwettbewerb und Breitbandversorgung

- a) Wahlfreiheit (Art. 35a Abs. 1 und 4 E-FMG): Wir erachten diese Regelung für richtig und wichtig. Damit ist der Infrastrukturwettbewerb bis zum Endkunden gesetzlich sichergestellt. Indes lehnen wir das in Abs. 4 geregelte Verbot der verursachergerechten Kostentragung für die Versiegelung resp. die Entsiegelung ab. Eine verursachergerechte Kostentragung ist grundsätzlich im Sinne des Wettbewerbs und stärkt die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten.
- b) Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen (Art. 35b E-FMG): Wir erachten diese Regelung für richtig und wichtig vor allem in Bezug auf die Erschliessung weniger dicht besiedelter Regionen. Es ist gerade bezüglich Gewährleistung der Breitbandversorgung in weniger dicht besiedelten Gebieten unsinnig, wenn Fernmeldeinfrastrukturunternehmen in die Infrastruktur von Hauseigentümern investieren. Der Anreiz des Eigennutzens der Liegenschaftseigentümer hat hier immer funktioniert und führt dazu, dass Fernmeldeinfrastrukturunternehmen vor allem in die sog. horizontale Erschliessung investieren. Konsequenterweise müsste eigentlich die Finanzierung von passiven Infrastrukturen in Liegenschaften durch Fernmeldediensteanbieter verboten werden. Finanzkräftige Unternehmen können sich ohne ein solches Verbot Endkunden auf der nachfolgenden Marktstufe (Fernmeldedienste) kaufen, was in einem Markt mit unterschiedlich grossen Anbietern zu einer Diskriminierung bzw. zu unerwünschten Quersubventionierungseffekten führt.
- c) Nutzung des Frequenzspektrums (Art. 22 E-FMG): Wir begrüssen diesen Paradigmenwechseln (sog. Light Licensing), gemäss welchem die Nutzung des Frequenzspektrums nicht konzessionspflichtig ist und Konzessionsfälle auf Gesetzesstufe geregelt sind.
- d) Übertragung der Konzession und Netzkooperationen (Art. 24d E-FMG): Wir unterstützen die vorgesehenen Möglichkeiten, beim Mobilfunk Netzelemente gemeinsam betreiben (sog. Networksharing) und Frequenzen gemeinsam nutzen (sog. Frequenzpooling) sowie auf Dritte übertragen (sog. Frequenzhandel) zu können. Diese Instrumente ermöglichen einen effizienten Umgang mit knappen Ressourcen. Insbesondere das vorgesehene Networksharing ist eine geeignete Massnahme zur Förderung eines kosteneffizienten Ausbaus der Mobilfunkinfrastruktur. Sie kann auch dazu beitragen, hohe Markteintrittsschwellen abzubauen.

3.4 Internationales Roaming (Art. 12a^{bis} E-FMG)

Grundsätzlich führen der existierende Fernmeldedienstwettbewerb sowie zunehmend attraktive OTT-Dienste wie WhatsApp oder Skype im Bereich internationales Roaming zu attraktiven Endkundenangeboten. Die Wettbewerbs- und Preisdynamik erachten wir hier als zunehmend. Weiter sorgen die bestehenden Informationspflichten für Transparenz.

Wir erachten es dementsprechend als überflüssig, dass dem Bundesrat für den Missbrauchsfall die vorgeschlagenen weiteren Eingriffsinstrumente (Vorschriften zu den Abrechnungsmodalitäten, Local Break-out, Preisobergrenzen basierend auf internationalen Verträgen) zur Verfügung gestellt werden.

3.5 Meldepflicht (inkl. damit verbundene Verpflichtungen), Information über Fernmeldedienste und Verzeichnisse

- a) Definition Fernmeldedienstanbieter und Meldepflicht (Art. 4 E-FMG): Grundsätzlich begrüssen wir die Abschaffung der allgemeinen Meldepflicht für Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) und der Verzicht auf eine Ausdehnung der FDA-Definition auf OTT-Anbieter.

Allerdings bleibt unklar, welche Folgen dieser deregulierende Ansatz auf das zukünftige Wettbewerbsverhältnis von „klassischen“ FDA (d.h. insbesondere solchen, die weiterhin Adressierungselemente verwenden, die auf nationaler Ebene verwaltet werden) und reinen OTT-Dienstanbieterinnen haben wird. Insbesondere bleibt unklar, wie künftig potenziellen Wettbewerbsverzerrungen zwischen den verschiedenen Anbieterinnen vermieden werden soll. Die Abschaffung der Meldepflicht bringt den aktuellen Schweizer Fernmeldedienstanbietern keine Erleichterungen; damit ist einzig geklärt, dass OTT-Dienstanbieterinnen zahlreiche Verpflichtungen, die weiterhin und in zunehmendem Mass an der Registrierung anknüpfen, nicht beachten müssen. Das ist im Ergebnis unbefriedigend, und verlangt gerade jenen Stakeholdern ein Sonderopfer ab, welche in den unabdingbar notwendigen „physischen“ Teil der Breitbandversorgung der Schweiz seit Jahren investieren.

Ausdehnung der Auskunftspflicht zu statistischen Zwecken (Art. 59 Abs. 2 E-FMG): Die dem FMG unterstellten FDA, d.h. solche, die weiterhin der Meldepflicht gemäss Art. 4 E-FMG unterstehen, müssen zukünftig dem BAKOM regelmässig die zur Feststellung einer amtlichen Fernmeldestatistik erforderlichen Angaben liefern. Wenn die allgemeine Meldepflicht abgeschafft wird, dann ist die Auskunftspflicht ebenfalls abzuschaffen oder dann auf alle Fernmeldedienstanbieter zu erstrecken; damit ist eine Gleichbehandlung aller Akteure gewährleistet und die Fernmeldestatistik (wenn es denn eine solche weiter braucht) nur dann repräsentativ.

Abgabe zur Finanzierung der Grundversorgung (Art. 38 E-FMG): Die vorgeschlagene Regelung, wonach sich neu nur noch die registrierten FDA am Fonds zur Finanzierung der ungedeckten Kosten der Grundversorgung zu beteiligen hätten und nicht wie bisher sämtliche FDA (d. h. alle FDA, die dem FMG unterstehen, sich aber nicht alle registrieren müssen), ist mit Blick auf den verfassungsrechtlich geschützten Grundsatz der Gleichbehandlung inakzeptabel. Die Registrierung beim BAKOM bzw. die Nutzung von Adressierungselementen oder konzessionierter Frequenzen ist kein geeignetes Kriterium für eine Pflicht zur Mitfinanzierung der Grundversorgung, umso mehr für die Nutzung von Adressierungselementen und Frequenzen ja bereits erhebliche Abgaben geleistet werden müssen. Weshalb FDA, welche ihre Dienste ohne Beanspruchung dieser öffentlichen Güter anbieten, in den Genuss eines mehrfachen Vorteils (keine Registrierung, keine Abgaben und keine Mitfinanzierung der Grundversorgung) kommen sollen, ist nicht einzu sehen und stellt ein Beispiel für die Gefahr einer schleichenden Benachteiligung der herkömmlichen FDA, welche zudem regelmässig hohe Infrastrukturkosten zu tragen haben, gegenüber den OTT-Anbieterinnen dar.

Aufhebung von Art. 6 FMG (Anforderungen an FDA): Die Aufhebung von Art. 6 FMG wird begrüsst. Insbesondere wird die im erläuternden Bericht (S. 47) geäusserte Ansicht geteilt, dass im Kontext von Art. 6 lit. c und d FMG betreffend Einhaltung der Arbeitsbedingungen und Lehrstellen Art. 7 UWG ausreichend ist. Zudem zeigt sich gerade in der Telekommunikationsindustrie (als Innovationsbranche) ein „War for Talents“, mithin die Gewährleistung von Arbeitsbedingungen marktgetrieben ist. Weiter gibt es dazu etablierte Sozialpartnerschaften, folglich eine sektorspezifische Arbeitsschutzregulierung obsolet ist.

- b) Information über Fernmeldedienste (Art. 12a E-FMG) / Netzneutralität: Mit den vorgeschlagenen Anpassungen soll die Transparenz für Endkunden bezüglich der Preise und der Qualität der Dienste verbessert werden. Dabei soll namentlich auch dem im Rahmen der Netzneutralität diskutierten Bedürfnis entsprochen werden, dass Kunden über technisch oder wirtschaftlich motivierte Unterschiede bei der Übertragung informiert werden.

Wir setzen uns bereits heute für transparente Angebote sowie fairen Wettbewerb ein, und beteiligen uns aktiv an der Selbstregulierung der Branche, insbesondere in Bezug auf die Thematik Netzneutralität. Wir lehnen weitergehende Informationsverpflichtungen und daher die in Art. 12a E-FMG vorgesehenen Erweiterungen, wie auch die Publikation eines Qualitätsberichts gemäss Art. 12 Abs. 3 E-FMG ab. Diese sind Beispiele klassischer Überregulierung.

Zur Netzneutralität ist festzuhalten, dass die Dynamik am Markt sehr hoch ist und deshalb bei Regulierungseingriffen höchste Vorsicht geboten ist, da das Risiko von Fehleingriffen mit entwicklungs- und innovationshemmenden Auswirkungen

gross ist. Auch wenn diskriminierendes Verhalten beim Zugang zu Internetdiensten grundsätzlich denkbar ist, rechtfertigt diese Möglichkeit allein keinen präventiven Regulierungseingriff. Heute gibt es keinerlei Hinweise auf eine diskriminierende Datenbehandlung in der Schweiz, welche den Dienstewettbewerb durch das gezielte Manipulieren von Datenströmen gefährden würde. Entsprechend drängt sich auch keine neue Regelung zur Netzneutralität auf, die über die aktuelle Informationspflicht gemäss Art. 12a FMG hinausgehen würde. Dies gilt umso mehr, als die Branche unter der Führung der grössten Internet-Access-Dienstleister Verhaltensrichtlinien entwickelt und eine Schlichtungsstelle ins Leben gerufen hat, welche rasch und effizient handeln kann, wenn Anzeichen eines Missbrauchs bestehen. Wir begrüssen, dass der Bundesrats bis auf die in Art. 12 Abs. 2 E-FMG vorgesehene Informationspflicht auf weitergehende Regulierungen zum Thema „Netzneutralität“ verzichtet hat.

- c) Verzeichnisse (Art. 21 und 21a E-FMG): In einer digitalisierten und multipolaren Kommunikationswelt sind Verzeichnisse und der dafür in Kauf genommene Aufwand hoch. Das öffentliche Interesse am Transparenzgedanken ist nicht mehr derart hoch, dass die damit den FDA auferlegten Kosten gerechtfertigt werden können. Wir erachten eine spezifische Regulierung von Verzeichnissen und insbesondere Regelungen zur Erhebung und Bereitstellung von Verzeichnisdaten nicht für zeitgemäss.

3.6 Notrufe, Konsumenten- und Jugendschutz

- a) Bündeldienste (Art. 12 Abs. 1 E-FMG): Diese Regulierung ist unnötig. Die Nachfrage nach Bündeln ist keine Erfindung der FDA, sondern das Resultat von Nachfrage der Nutzer und Endkunden. Der wesentliche Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit ist unverhältnismässig, es fehlt ein öffentliches Interesse und der Eingriff in dieses Grundrecht ist nicht durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt. Die damit verfolgten Ziele für die Ausdehnung auch auf nicht marktbeherrschende FDA sind unklar; selbst im Erläuterungsbericht finden sich diesbezüglich keine Angaben. Schliesslich bleibt unberücksichtigt, dass die FDA in der Produktgestaltung aus technischen oder kommerziellen Gründen gewisse Dienste erst gar nicht einzeln anbieten können, selbst wenn sie müssten (z.B. Roaming ohne Mobile; gewisse Cloud Services ohne Internet etc.).

Insgesamt gehen wir davon aus, dass mit der angedachten Regulierung die Innovationskraft insbesondere von kleineren und innovativen Anbietern leidet und damit Konsumentinnen und Konsumenten benachteiligt, weil zukünftig innovative Produkte möglicherweise gar nicht mehr entwickelt werden. Konkret besteht die Gefahr, dass eine E2E-TV Lösung nicht mehr entwickelt werden kann, ohne dass diese nicht auch zwingend über einen OTT-Dienst angeboten werden muss. Folgen sind massiv höhere Entwicklungskosten und unnötige Einschränkungen beim Kundenerlebnis, weil nicht mehr das gleiche Produkt resp. die gleichen Dienste

angeboten werden können. Wir fordern vor diesem Hintergrund die ersatzlose Streichung von Art. 12 Abs. 1 E-FMG.

- b) Mehrwertdienste (Art. 12b E-FMG): Wir unterstützen das Anliegen, dass die Stellung der Endkunden gegenüber Anbieterinnen von Mehrwertdiensten verbessert wird.
- c) Notrufdienst (Art. 20 E-FMG): Wir unterstützen – auch im Interesse der Endkunden – die Anpassungen bei den Notrufdiensten und dabei insbesondere den Vorschlag, die Kompetenz an den Bundesrat zu delegieren, die entsprechen Pflichten auch auf Dienste ausserhalb der Grundversorgung auszudehnen. Sollte der Bundesrat jedoch gestützt auf die vorgeschlagene Bestimmung in Art. 20 Abs. 2 E-FMG eine Regelung zur Ortungsfunktion auch ohne explizite Zustimmung der Benutzerin erlassen, wären greifende Massnahmen unumgänglich, um sicherzustellen, dass diese Funktion wirklich nur in konkreten Notsituationen zur Anwendung gelangen kann. Die Regelung ist brisant und in dieser Absolutheit bedrohlich für die Privatsphäre; sie wird von uns deshalb abgelehnt.
- d) Unerwünschte Werbeanrufe (Art. 45a E-FMG i.V.m Art. 3 Abs. 1 lit. u und v UWG): Heute sind generell nur Verpflichtungen reguliert, die sich auf die Verhinderung von „Massenwerbung“ beziehen. Art. 45a E-FMG bezieht sich neu auf die Verhinderung „unlauterer Werbung“, was mit Blick auf die neuen UWG-Tatbestände in Art. 3 Abs. 1 lit. v und u zu einer „Einzelfall“-Verpflichtung führt. Die bisherige Pflicht der FDA zur Bekämpfung unlauterer Massenwerbung wird damit generell auf unlautere Werbung ausgedehnt und damit auch auf Werbeanrufe an Kunden, welche dies nicht wünschen (Sterneintrag), und auf Anrufe ohne Anzeige einer zu Recht genutzten und im Telefonbuch eingetragenen Nummer (Spoofing). Auch wenn das Anliegen berechtigt ist, Endkunden vor solchen Aktionen zu schützen; es ist unvorstellbar, wie eine solche Verpflichtung von einem FDA umgesetzt werden sollte. Dass in diesem Bereich dem FDA eine Verhinderungsverpflichtung auferlegt wird, passt in die generelle gesetzgeberische Tendenz, dem FDA als technischem Gatekeeper immer mehr staatliche Funktionen bei der Rechtsdurchsetzung aufzubürden. Wie lehnen deshalb die Erweiterung von Art. 45a FMG ab.
- e) Kinder- und Jugendschutz (Art. 46a Abs. 1 E-FMG): Die Anliegen sind verständlich und werden von uns mitgetragen. Dennoch besteht kein Regulierungsbedarf. Es gibt mit der „Brancheninitiative für verbesserten Jugendmedienschutz“ der ASUT bereits eine Selbstregulierung, über welche sich die grossen FDA verpflichtet haben, beim Vertragsabschlussgespräch auf die Möglichkeiten des Jugendschutzes hinzuweisen. Die Kompetenz zu Handen des Bundesrates ist zu gross. Und der Aufhänger für die erste geplante Massnahme auf Verordnungsstufe ist erneut der Internet Access-Provider (Mobil- und Festnetz). Alle anderen Provider, insbesondere alle Content-Provider, die das zu regulierende Problem letztlich zu verant-

worten haben, kommen ohne Regulierung davon. Es ist illusorisch, beim Jugendschutz allein mit einer gesetzlichen Regulierung eines bereits bestehenden Branchen-Code bessere Resultate erzielen zu wollen.

- f) Unterdrückung kinderpornografischer Inhalte (Art. 46a Abs. 2 E-FMG): Die Legalisierung der gelebten KOBK-Praxis wird begrüsst. Es wird damit in einem Bereich eine gesetzliche Grundlage geschaffen, in welchem ein Eingriff des Internet Access-Providers aus öffentlichem Interesse absolut gerechtfertigt ist und die damit verbundenen Beiträge der FDA auch dem verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsgrundsatz standhalten.
- g) Art. 1 Abs. 2 lit. d und e (Verankerung des Schutzes von unlauterer Werbung und des Jugendschutzes im Zweckartikel): Wir erachten die Aufführung zweier expliziter Schutzziele des FMG im Zweckartikel für übertrieben und – letztlich – in dieser Auswahl auch für willkürlich. Der Beginn einer gesetzlichen Auflistung von Schutzziele führt dazu, dass sich Erwartungshaltungen bei weiteren Interessengruppen bilden werden, die ihre Interessen hier auch namentlich berücksichtigt sehen wollen.

3.7 Verwaltungs- und Adressierungselemente (Art. 28 ff. E-FMG) / Internet-Gouvernanz (Art. 64 E-FMG)

- a) Verwaltungs- und Adressierungselemente (Art. 28 ff. E-FMG): Gemäss Revisionsvorlage soll der Bund umfassende Kompetenzen bei der Vergabe und Verwaltung von Domain-Namen erhalten. Wir lehnen diese neuen Regelungskompetenzen des Bundes ab, weil die Vergabe und die Verwaltung von Domains heute gut funktioniert. Im Übrigen verweisen wir in diesem Zusammenhang auf die Vernehmlassung der „Registrar Alliance“.
- b) Internet-Gouvernanz (Art. 64 Abs. 3 ff. E-FMG): Eine Beteiligung der Schweiz und des BAKOM bei den in Frage stehenden Gremien (inkl. Finanzierungsbeiträge) sind wichtig. Aus Transparenz- und Gründen des Rechtsstaats ist sowohl ein operatives wie auch finanzielles Engagement der Behörden gesetzlich zu regulieren. Das hilft der Wirtschaft am Ende auch, diesen daraus resultierenden staatlichen Think Tank selbstbewusster zu nutzen und Einfluss auf die Tagesordnungen und Diskussionspunkte zu nehmen. Wir unterstützen diese Regulierungsvorschläge.

3.8 Sicherheitsaspekte

- a) Kommunikation in ausserordentlichen Lagen (Art. 47 E-FMG): Wir sind uns unserer Verantwortung als Betreiberin von Fernmeldedienstinfrastrukturen in Krisenzeiten bewusst. Der vorgeschlagene Art. 47 E-FMG geht allerdings in vielen Bereichen zu weit bzw. sind die damit regulierten Verpflichtungen zu unbestimmt. Der Entwurf blendet die Grundlage aus, dass Aufgabe des Staates ist, die Erbringung

von Fernmeldediensten in ausserordentlichen Lagen für staatliche Organisationen sicherzustellen. Dazu reicht Art 47 Abs. 1 E-FMG aus. Dass aber gemäss Abs. 2 eine FDA verpflichtet werden kann, Räumlichkeiten und Anlagen zur Verfügung zu stellen und Übungen zu dulden, ist – jedenfalls ausserhalb der in Abs. 1 geregelten „ausserordentlichen Lagen“ – abzulehnen.

- b) Sicherheit (Art. 48a E-FMG): Wir vertreten die Ansicht, dass mit Art. 47 Abs. 1 E-FMG ausserordentliche Kommunikationslagen genügend adressiert sind. Themen wie die Verfügbarkeit von Netzinfrastrukturen und Verbindungsmöglichkeiten sind allenfalls Vertragsbestandteil zwischen FDA und Endkunde. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Saat hier eingreifen und diesbezüglich Vorschriften machen soll. Wenn an diesem staatlichen Eingriffsrecht und dem diesem immanenten, ständigen öffentlichen Interesse festgehalten werden sollte, dann wären die FDA für diese Sonderbelastungen vollumfänglich zu entschädigen.

3.9 Kompetenzfragen

- a) Sanktionsmöglichkeit gemäss Art. 55 E-EleG: Wir betrachten die Sanktionsmöglichkeit letztlich als Vorteil für Stakeholder, die sich wie wir im Schweizer Fernmeldemarkt engagieren und darauf angewiesen sind, dass dieser störungsfrei funktioniert. Insofern ist es konsequent, wenn Zuwiderhandlungen bei den in Art. 55 Abs. 4 E-EleG vorgeschlagenen Fällen sanktioniert werden können.
- b) Kompetenzabgrenzung BAKOM / BFE und ESTI (Art. 57 Abs. 1 und 4 E-EleG): Die in Art. 57 Abs. 4 E-EleG vorgesehene Zuständigkeit des BAKOM in Fällen der Störung des Fernmeldeverkehrs durch elektromagnetische Störungen macht insofern Sinn, als die entsprechenden internationalen Schutznormengefüge hier (eher) bekannt sind als beim Bundesamt für Energie (und dem ESTI).

Wir danken für Ihre Aufmerksamkeit und die Beachtung unserer gestellten Anträge.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Dr. Simon Osterwalder
Geschäftsführer



Stefan Flück
Leiter Rechtsdienst