

## EINSCHREIBEN

Bundesamt für Kommunikation  
Zukunftstrasse 44  
2501 Biel

vorab per E-Mail: [tp@bakom.admin.ch](mailto:tp@bakom.admin.ch)

---

Datum	29. März 2016
Ihr Kontakt	Peter Ehram / Telefon +41 79 460 36 31 / <a href="mailto:peter.ehram@swisscom.com">peter.ehram@swisscom.com</a>
Thema	Stellungnahme zum Vernehmlassungsentwurf für eine Teilrevision des Fernmeldegesetzes

---

Seite  
1 von 39

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Einladung zur Stellungnahme zum Vernehmlassungsentwurf für eine Teilrevision des Fernmeldegesetzes (FMG).

In der Schweiz werden zurzeit im Festnetz- und im Mobilfunkbereich landesweite Ultrabreitbandnetze der neusten Generation aufgebaut. Eine Gesetzesrevision zum jetzigen Zeitpunkt schafft viel Rechtsunsicherheit und gefährdet damit die für den Netzausbau notwendigen Investitionen. Nebst diesem grundsätzlichen Bedenken gegen eine FMG Revision gibt es im Bereich des Konsumenten- und Jugendschutzes einzelne Punkte, die verbessert werden müssen und die in der Vorlage daher zu Recht aufgenommen wurden. Die Branche ist diese Themen in den letzten Monaten denn auch angegangen und hat Lösungen erarbeitet (Netzneutralität), bzw. wird solche demnächst lancieren (unerwünschte Werbeanrufe und Jugendschutz). Die vorgeschlagenen asymmetrischen und symmetrischen Markteingriffe sind aus unserer Sicht hingegen nicht berechtigt, da der Wettbewerb funktioniert und Markteingriffe schädlich sind. Die übrigen Anliegen sind von materiell untergeordneter Bedeutung („Aufräumarbeiten“). Sie rechtfertigen keine Gesetzesrevision.

In Abwägung aller Vor- und Nachteile erkennt Swisscom heute keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf für die vorgeschlagenen Änderungen des FMG (VE-FMG), weshalb sie die aktuell vorgeschlagene Teilrevision des FMG ablehnt.

### 1 Dank dem geltenden FMG zur heutigen Spitzenposition der Schweiz

Der Ultrabreitbandausbau in der Schweiz ist in vollem Gang. Allein Swisscom investiert jährlich CHF 1.7 Mrd. Mit dem raschen und flächendeckenden Netzausbau ist die Schweiz dabei, sich gegenüber ihren Nachbarländern einen **Wettbewerbs- und Standortvorteil zu verschaffen**, der sie im internationalen Wettbewerb stärkt. Der Ultrabreitbandausbau ist noch lange nicht abgeschlossen. Die Zentren und zentrumsnahen Gebiete sind zwar bereits gut ausgebaut. Nun stehen aber vermehrt die Regionen und Randregionen an. Swisscom hat sich zum Ziel gesetzt, bis ins Jahr 2023 jede Schweizer Gemeinde mit einer Bandbreite von 80 Mbit/s auszurüsten. Voraussetzung für die Umsetzung dieser Pläne sind aber **verlässliche Rahmenbedingungen (Rechtssicherheit) und ein Verzicht auf weitere Preisregulierungen und Markteingriffe**. Mit anderen Worten müssen die **Rahmenbedingungen investitionsfreundlich** sein.

Investitionsfreundliche Rahmenbedingungen ermöglichen es Investoren, Wettbewerbsvorteile zu erzielen ohne damit rechnen zu müssen, dass Gewinne, die sich aus diesen Wettbewerbsvorteilen ergeben, regulatorisch begrenzt werden. Vom Wettbewerb zwischen den Netzen profitieren nicht nur die Kundinnen und Kunden in Form von immer leistungsfähigeren Netzen, attraktiveren Diensten und Angeboten, sondern auch die Anbieter ohne eigene Netze. Sie können zu Marktpreisen Netzleistungen beziehen und so ihren Kunden attraktive Telekommunikationsdienste anbieten. Asymmetrische Markt- und Wettbewerbseingriffe sowie Preisregulierungen behindern diesen dynamischen Prozess.

Das **geltende FMG** erweist sich als **investitionsfreundlich**, weil es nur die ehemaligen PTT-Monopolnetze und -Dienste reguliert. Neue Breitbandnetze werden nicht reguliert. Vielmehr entstehen diese im Wettbewerb und werden unter solchen Marktbedingungen genutzt. Es ist unbestritten, dass die Resultate des Schweizer Telekom-Marktes sehr gut sind. Laut OECD investiert seit Jahren kein Land pro Kopf so viel in seine Telekominfrastruktur wie die Schweiz<sup>1</sup>. Dies zeigt sich in den Spitzenplätzen bei der Abdeckung mit Breitbandnetzen, deren Geschwindigkeit und Qualität. Gemäss EU-Kommission verfügen 99% der Schweizer Bevölkerung über Bandbreiten von mindestens 30 Mbit/s. In ländlichen, weniger dicht besiedelten Gebieten beträgt die Breitbandabdeckung über 89%. Das ist fast viermal so hoch wie im EU-Durchschnitt<sup>2</sup>.

Swisscom begrüsst deshalb grundsätzlich, dass der Bundesrat die Ausdehnung der Zugangs- und Preisregulierung auf neu gebaute Netze („Technologieneutralität“ der Regulierung) sowie des staatlich finanzierten Breitbandausbaus (mit einer neuen Grundversorgungsregulierung) aus der vorliegenden Revision ausklammern will. Der Bundesrat begründet diesen Entscheid mit dem – im Vergleich zu vielen Mitgliedsländern der EU – erfolgreichen, raschen und landesweiten Breitbandausbau in der Schweiz. Dieser soll auch in den nächsten Jahren weiterhin im Wettbewerb und im Markt, d.h. ohne staatliche Subventionen, von den Netzbetreibern vorangetrieben werden. Regulierungseingriffe ins Marktgeschehen (Preisregulierungen) würden diesen Prozess beeinträchtigen. In seinem Bericht vom 19. November 2014 zur Entwicklung im schweizerischen Fernmeldemarkt und den damit verbundenen gesetzgeberischen Herausforderungen (*Fernmeldebericht 2014*) hält der Bundesrat denn auch dazu fest:

*Die heute festzustellende Dynamik im Infrastrukturausbau und die mit jeder Regulierung einhergehende Gefahr von Regulierungsfehlern legt ein behutsames Vorgehen nahe.<sup>3</sup>*

Die Androhung einer Ausdehnung der Zugangs- und Preisregulierung in einer zweiten Revisionsstufe auf neu gebaute Netze (technologieneutrale Zugangsregulierung) belastet jedoch den marktgetriebenen Ausbauprozess. Die angekündigte Verschiebung dieses Vorhabens in eine spätere Revision darf daher nicht als Entscheid gewertet werden, dass die Grundsatzfrage, ob es überhaupt eine solche Ausdehnung der Regulierung (Preisregulierung) auf neue Netze braucht, bereits heute bejaht worden wäre. Vielmehr müsste zum gegebenen Zeitpunkt die Frage der Notwendigkeit einer solchen Regulierung von Neuem sorgfältig untersucht und beantwortet werden.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu OECD Digital Economy Outlook Juli 2015, Table 2.31.

<sup>2</sup> Vgl. dazu EU-Kommission, Broadband Coverage Europe 2014, Oktober 2015.

<sup>3</sup> Vgl. dazu den Fernmeldebericht 2014, S. 33; abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03498/index.html?lang=de>.

## 2 Zur Vernehmlassungsvorlage im Einzelnen

Die Vorlage lässt sich in die vier folgenden Kategorien einteilen:

- Eingriffe ins Marktgeschehen
- Anliegen und Massnahmen, die ohne FMG-Revision umgesetzt werden
- Änderungen von materiell untergeordneter Bedeutung sowie formelle und redaktionelle Anpassungen
- Änderung anderer Erlasse

Dazu nimmt Swisscom im Einzelnen wie folgt Stellung.

### 2.1 Eingriffe ins Marktgeschehen

#### 2.1.1 Asymmetrische Zugangsregulierung (Art. 13c – 13l VE-FMG)

##### 2.1.1.1 Die geltende Zugangsregulierung (Art. 11 – 11b FMG)

Als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten ist Swisscom gemäss der geltenden Zugangsregulierung verpflichtet, anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten (*FDA*) auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in den in Art. 11 Abs. 1 FMG (Fernmeldegesetz; SR 784.10) abschliessend aufgezählten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu gewähren<sup>4</sup>.

##### 2.1.1.1.1 Zur Marktbeherrschung

Die Frage der Marktbeherrschung und damit der Zugangsverpflichtung von Swisscom ist heute für den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, die Interkonnektion, die Mietleitungen und den Zugang zu den Kabelkanalisationen geklärt:

- Für den **vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss** (Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung [Kupfertechnologie]; Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG in Verbindung mit Art. 3 lit. d<sup>bis</sup> FMG) ist die Marktbeherrschung von Swisscom nie bestritten worden<sup>5</sup>. In ihrer Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen Untersuchung 32-0244 gemäss Art. 27 KG (Kartellgesetz; SR 251) betreffend Swisscom WAN-Anbindung wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG, E. 327 ff., hat die Wettbewerbskommission (*WEKO*) zudem erst kürzlich festgestellt, dass Swisscom als einzige kupferkabelbasierte Netzbetreiberin in

---

<sup>4</sup> Da die Zugangsformen des schnellen Bitstromzugangs (Art. 11 Abs. 1 lit. b FMG) und des Verrechnens von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes (Art. 11 Abs. 1 lit. c FMG) im VE-FMG nicht mehr vorgesehen sind (vgl. dazu Art. 13d Abs. 1 VE-FMG), wird im Folgenden darauf verzichtet, auf diese Zugangsformen näher einzugehen.

<sup>5</sup> Vgl. dazu z.B. die Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (*ComCom*) vom 18. Dezember 2013 i.S. Sunrise vs. Swisscom (Ziff. II, 2). Diese wie auch die nachfolgend angeführten ComCom-Verfügungen sind unter <http://www.comcom.admin.ch/themen/00500/00782/index.html?lang=de> abrufbar.

der Schweiz auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten als marktbeherrschend einzustufen sei.

- Für die **Interkonnektion** (Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG in Verbindung mit Art. 3 lit. e FMG) hat Swisscom lediglich bei der Mobilterminierung und bei den Transitdiensten (Transit Terminierung [TTS] und Transitzugang [TAS]) eine marktbeherrschende Stellung bestritten:
  - In der Untersuchung betreffend **Terminierung Mobilfunk** hat die WEKO mit Verfügung vom 5. Februar 2007 festgestellt, dass Swisscom im Wholesale-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (Dispositiv Ziff. 1)<sup>6</sup>. Dieser Befund wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (E. 9 und 10) bestätigt.
  - Mit Verfügung vom 10. Juni 2005 i.S. MCI Worldcom AG vs. Swisscom (Ziff. II, 1.2.2.2.2) ist die ComCom zum Schluss gelangt, dass Swisscom bei den **Transitdiensten** keine marktbeherrschende Stellung habe. In einer späteren Entscheidung (Verfügung vom 9. Oktober 2008 i.S. Telecommunications Services AG vs. Swisscom) ist sie auf diese Beurteilung zurückgekommen und hat für den TAS eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom bejaht. Diesen Befund hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-7165/2008 vom 19. Februar 2010 (E. 6) bestätigt.
- Für die **Mietleitungen** (Art. 11 Abs. 1 lit. e FMG in Verbindung mit Art. 3 lit. e<sup>bis</sup> FMG) haben die ComCom mit Teilverfügung vom 10. März 2010 i.S. Colt Telecom Services AG vs. Swisscom (Ziff. II, 2.3) und das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-2969/2010 vom 28. Februar 2010 (E. 14 ff.) die Frage der Marktbeherrschung von Swisscom umfassend geprüft und im Rahmen des sog. Trunkmodells bejaht.
- Nicht mehr strittig ist die Frage der Marktbeherrschung von Swisscom auch für den **Zugang zu den Kabelkanalisationen** (Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG in Verbindung mit Art. 3 lit. e<sup>ter</sup> FMG), welche die ComCom mit Verfügung vom 1. Dezember 2009 i.S. Sunrise vs. Swisscom praktisch für das gesamte Kabelkanalisationsnetz von Swisscom bejaht hat.

#### 2.1.1.1.2 Zum Gebot der Nichtdiskriminierung

Das im Einleitungssatz von Art. 11 Abs. 1 FMG statuierte Gebot der Nichtdiskriminierung ist in Art. 52 FDV (Verordnung über Fernmeldedienste; SR 784.101.1) umfassend geregelt. Dabei fällt auf, dass insbesondere die Absätze 2 und 2<sup>bis</sup> dieser Bestimmung auf eine vertikal integrierte Unternehmung, also auf Swisscom, zugeschnitten sind. So hält Art. 52 Abs. 2 FDV fest, dass andere FDA nicht schlechter gestellt werden dürfen als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin. Seit dem 1. Juli 2014 muss eine marktbeherrschende Anbieterin zudem gemäss Art. 52 Abs. 2<sup>bis</sup> FDV darauf achten, dass die Differenz zwischen den von ihr angebotenen Zugangspreisen und

---

<sup>6</sup> Im Rahmen mehrerer Interkonnektionsverfahren stellte die WEKO in ihrem Gutachten vom 20. November 2006 (RPW 2006/4, S. 739 ff.) fest, dass ausser Swisscom auch Orange (heute: Salt) und Sunrise betreffend ihrer eingehenden Fernmeldedienste im Bereich Sprache (Terminierung von Anrufen in die jeweiligen Mobilfunknetze) marktbeherrschend seien.

ihren Endkundenpreisen einer vergleichbaren, effizienten FDA erlauben, kostendeckende Erträge zu erwirtschaften (Verbot einer „Kosten-Preis-Schere“).

Swisscom hat sich zudem im Sinne der Nichtdiskriminierung gegenüber sämtlichen FDA, die bei ihr regulierte Zugangsdienste beziehen, vertraglich zur Gewährung der rückwirkenden Drittwirkung von behördlich neu festgelegten Zugangspreisen verpflichtet. Damit profitieren jeweils alle FDA gleichzeitig und im gleichen Ausmass von einer in einem Zugangsverfahren nach Art. 11a Abs. 1 FMG behördlich allenfalls verfügten Senkung der von Swisscom offerierten Zugangspreise.

#### **2.1.1.1.3 Zur Preisregulierung**

Zur Preisregulierung bzw. zur Festlegung kostenorientierter Zugangspreise im Sinne des Einleitungssatzes von Art. 11 Abs. 1 FMG und von Art. 54 aFDV (AS 2007 945) bestand bis vor kurzem eine gefestigte behördliche und gerichtliche Praxis. Mit der Änderung vom 14. März 2014 (AS 2014 729) hat der Bundesrat nun aber auf den 1. Juli 2014 die Vorschriften zur Festlegung von kostenorientierten Zugangspreisen der technologischen Entwicklung angepasst und damit erheblich verschärft. Eine Praxis zu den neuen Vorschriften muss sich erst noch entwickeln, ist aber aus Gründen der Rechtsicherheit für alle Beteiligten von zentraler Bedeutung.

#### **2.1.1.1.4 Zur Ex-post-Regulierung (Art. 11a FMG)**

Ein zentrales Element der geltenden Zugangsregulierung ist das Prinzip der Ex-post-Regulierung. Danach wird die Regelung der Zugangsbedingungen grundsätzlich den Marktakteuren überlassen (Verhandlungsprimat). Nur wenn Swisscom und eine FDA zu bestimmten Zugangsbedingungen keine vertragliche Einigung erzielen können, legt auf Gesuch hin die ComCom die strittigen Bedingungen mit privatrechtsgestaltender Verfügung fest (Art. 11a Abs. 1 FMG)<sup>7</sup>, die mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden kann.

Die ComCom kann mit andern Worten nur Zugangsbedingungen verfügen, wenn zwischen Swisscom und einer FDA diesbezüglich ein Dissens vorliegt und die FDA bei ihr ein entsprechendes Gesuch eingereicht hat.

Streitigkeiten aus Zugangsverträgen werden durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG).

#### **2.1.1.1.5 Würdigung der geltenden Zugangsregulierung**

Die geltende Zugangsregulierung hat sich im Ergebnis aus folgenden Gründen bewährt:

- Die Frage der Marktbeherrschung als Regulierungsvoraussetzung ist geklärt und aktuell nicht strittig.
- Swisscom und die FDA haben die Bedingungen für sämtliche regulierten Zugangsdienste in umfangreichen Verträgen gemäss den einschlägigen fernmelderechtlichen Vorschriften detailliert geregelt.

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu BBl 1996 III 1427 (Erläuterungen zu Art. 10).

- Wie ein Blick auf die in den letzten Jahren abgeschlossenen und die noch hängigen Zugangsverfahren zeigt, sind deshalb jeweils praktisch nur noch die kostenorientiert festzulegenden Zugangspreise strittig, die von Swisscom den FDA jährlich neu offeriert werden (vgl. dazu Art. 53 Abs. 1 FDV).
- Dank der vertraglich geregelten Drittwirkung profitieren jeweils alle FDA im gleichen Ausmass von einer in einem Zugangsverfahren behördlich allenfalls verfügbaren Senkung der von Swisscom offerierten Zugangspreise.

### 2.1.1.2 Die neue asymmetrische Zugangsregulierung gemäss Vernehmlassungsvorlage

In dem zuhanden der Bundesversammlung erstellten Fernmeldebericht 2014 hat der Bundesrat eine FMG-Revision in zwei Etappen in Aussicht gestellt. So sollten in der ersten Etappe beim Netzzugangsregime vorerst nur die „*gravierendsten Mängel*“ behoben und dessen „*dringendste Lücken*“ geschlossen werden. Ein „*grundlegender Systemwechsel*“ (Einführung einer Ex-ante-Regulierung) und eine „*technologieneutrale Ausgestaltung des Netzzugangs*“ sollten erst in der zweiten Revisionsetappe in Angriff genommen werden<sup>8</sup>.

Mit der vorgeschlagenen neuen asymmetrischen Zugangsregulierung (Art. 13c – 13l VE-FMG) weicht das UVEK von der Absichtserklärung des Bundesrates ab:

- Obwohl die Frage der Marktbeherrschung heute geklärt ist und der Umfang der bisherigen Zugangsregulierung beibehalten werden soll, wird zur Klärung der Frage der Marktbeherrschung nach dem Vorbild der EU ein Systemwechsel, d.h. die Einführung eines komplizierten Ex-ante-Marktanalyseverfahrens vorgeschlagen (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.1.1.2.1 dieser Stellungnahme).
- Dieser Systemwechsel soll mit der Einführung eines flexiblen Regulierungsinstrumentariums (Toolbox) verbunden werden, welches überschüssende regulatorische Eingriffe verhindern soll, mit dem aber die Grundlage zu einer weiteren Verschärfung der Preisregulierung geschaffen würde (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.1.1.2.2 dieser Stellungnahme).
- Zudem schlägt das UVEK faktisch die Aufhebung des Verhandlungsprimats vor, das ein zentrales und bewährtes Element der geltenden Zugangsregulierung darstellt (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.1.1.2.3 dieser Stellungnahme).

Zu diesen Elementen der vorgeschlagenen neuen asymmetrischen Zugangsregulierung kann im Einzelnen Folgendes festgehalten werden.

#### 2.1.1.2.1 Ex-ante-Verfahren zur Klärung der Frage der Marktbeherrschung und der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen (Art. 13e – 13h VE-FMG)

Wie in Ziff. 2.1.1.1.1 dieser Stellungnahme dargelegt, ist die Frage der Marktbeherrschung in Bezug auf die in Art. 13d Abs. 1 VE-FMG aufgeführten Zugangsleistungen behördlich und gerichtlich geklärt. Eine erneute Untersuchung dieser Frage würde deshalb nur dann Sinn machen, wenn Aussicht auf eine an-

---

<sup>8</sup> Vgl. dazu den Fernmeldebericht 2014, S. 62 f.

dere Beurteilung bestünde, d.h. wenn die ComCom und die WEKO neu in gewissen Bereichen die marktbeherrschende Stellung von Swisscom verneinen würden. Aufgrund der bisherigen behördlichen und gerichtlichen Praxis in dieser Frage kann ein solcher Befund, der zur Folge hätte, dass Swisscom gewisse Zugangsdienste nicht mehr zu regulierten Bedingungen anbieten müsste, praktisch ausgeschlossen werden. Die Einführung des vorgeschlagenen Ex-ante-Marktanalyseverfahren macht deshalb **keinen Sinn**.

Abgesehen davon würde die vorgeschlagene Aufteilung des Verfahrens (Bezeichnung der Marktbereiche [Art. 13e VE-FMG]- erstmalige amtliche Voruntersuchung der relevanten Märkte hinsichtlich des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung [Art. 13f VE-FMG] - Verfahren über die Auferlegung von Verpflichtungen gemäss Art. 13d VE-FMG [Art. 13g und 13h VE-FMG]) **die Rechte der Parteien (Swisscom und FDA) im Vergleich zur heute geltenden Regelung einschränken:**

Gemäss der heutigen Zugangsregulierung wird die Frage der Marktbeherrschung – wenn sie strittig ist – von der ComCom im Rahmen eines Zugangsverfahrens gemäss Art. 11a Abs. 1 und 2 FMG vorfrageweise geklärt<sup>9</sup>. Dabei haben die Parteien die im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021) vorgesehenen, umfassenden Mitwirkungsrechte. Gemäss dem VE-FMG käme es erst nach Abschluss der amtlichen Voruntersuchung mit dem Verfahren gemäss Art. 13g VE-FMG zu einem Verfahren nach VwVG, in dem die Parteien die Frage der Marktbeherrschung zur Diskussion stellen könnten. Die ComCom und die WEKO hätten nun aber ihre Meinung zu dieser zentralen Frage in der Voruntersuchung unter Ausschluss der Parteien bereits gemacht und ihren Befund gemäss Art. 13f Abs. 2 VE-FMG zudem auch noch veröffentlicht. Eine dem Standard der Ausstandsregelung von Art. 10 VwVG entsprechende, unbefangene behördliche Prüfung von Argumenten für oder gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wäre deshalb im Verfahren nach Art. 13g VE-FMG praktisch nicht mehr möglich.

#### Würdigung des vorgeschlagenen Ex-ante-Marktanalyseverfahrens

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das heute geltende Zugangsverfahren gemäss Art. 11a Abs. 1 und 2 FMG weder „*gravierende Mängel*“ noch „*dringende Lücken*“ aufweist, die den vorgeschlagenen Systemwechsel rechtfertigen würden.

#### **2.1.1.2.2 Einführung eines flexiblen Regulierungsinstrumentariums (Toolbox; Art. 13d VE-FMG)**

Gemäss den Erläuterungen zu Art. 13d VE-FMG<sup>10</sup> soll mit der Gesetzesänderung eine Flexibilisierung des Regulierungsinstrumentariums ermöglicht werden. Behördliche Eingriffe in den Markt sollen nur dort wo nötig vorgenommen werden und „*sich auf das mildeste noch wirksame Mittel beschränken*“. Mit einem vielfältigen, flexiblen und behutsam einsetzbaren Instrumentarium könnten so „*überschiessende regulatorische Eingriffe*“ verhindert werden.

---

<sup>9</sup> Die Klärung der Marktbeherrschung erfolgt dabei nicht mit einem selbständig anfechtbaren Teilentscheid, sondern im Rahmen des Zugangsentscheides. Einzige Ausnahme dazu bildete das im Erläuterungsbericht zur Änderung des Fernmeldegesetzes (*Erläuterungsbericht*), S. 58, erwähnte Verfahren betreffend den schnellen Bitstromzugang. Die das Gesuch stellende FDA (Sunrise) beantragte damals in verfahrensrechtlicher Hinsicht zur Frage der Marktbeherrschung einen Teilentscheid. Obwohl das BAKOM und die ComCom diesen Antrag ohne weiteres hätten ablehnen können, stimmten sie dem beantragten Vorgehen zu (vgl. zu diesem Verfahren das Urteil A-109/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009 [Sachverhalt, Bst. A- C]). Aufgrund dieses Einzelfalls drängt sich keine Gesetzesanpassung auf.

<sup>10</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S.55 ff.

In den Erläuterungen fehlt aber jeglicher Hinweis, was dies mit Blick auf die aus Art. 11 Abs. 1 FMG übernommenen Zugangsverpflichtungen von Swisscom konkret bedeuten könnte. Besteht z.B. die Absicht, in Zukunft bei gewissen Zugangsdiensten auf die Preisregulierung zu verzichten oder die heutigen, Art. 13d Abs. 2 lit. b VE-FMG entsprechenden Nichtdiskriminierungsverpflichtungen von Swisscom im Sinne des Einleitungssatzes von Art. 13d Abs. 1 VE-FMG auf eine blosser Gleichbehandlung der FDA zu beschränken? Oder wäre es gar denkbar, dass für gewisse Zugangsleistungen die Regulierung auf Informationspflichten im Sinne Art. 13d Abs. 3 lit. c und d VE-FMG beschränkt würde, wie der erste Teil des Einleitungssatzes zu Art. 13d Abs. 3 VE-FMG („Anstelle der Leistungen nach den Absätzen 1 und 2 [...] kann eine marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet werden, [...] der ComCom folgende Informationen zu liefern:“) andeutet? Aufgrund der bisherigen restriktiven Praxis der Regulierungsbehörden in Fragen der Zugangsbedingungen **kann nicht davon ausgegangen werden, dass die heutigen regulatorischen Eingriffe zugunsten von Swisscom spürbar gemildert würden.** Deutlich zeigen dies die Erläuterungen im Zusammenhang mit der asymmetrischen Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu den Kabelkanalisationen (Art. 13d Abs. 1 lit. d VE-FMG): Gemäss Art. 36a VE-FMG soll neu eine symmetrische Regulierung der Mitbenutzung von Kabelkanalisationen statuiert werden. Diese hätte zur Folge, dass einer FDA für den Ausbau moderner Netze neben den Kabelkanalisationen von Swisscom auch Anlagen anderer Betreiberinnen von Versorgungsinfrastrukturen zur Verfügung stehen würden. Es wäre deshalb naheliegend, die **Aufhebung der entsprechenden asymmetrischen Zugangsverpflichtung von Swisscom** in Betracht zu ziehen. Im Erläuterungsbericht wird einer solchen Milderung der Zugangsverpflichtung von Swisscom indessen eine **klare Absage** erteilt:

*Die Abschaffung der asymmetrischen Zugangsregulierung [...] würde es der marktbeherrschenden Anbieterin (d.h. Swisscom) erlauben, ihre Marktmacht auszuspielen und den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Ausserdem haben bisher fünf Unternehmen insgesamt 1000 km Kabel in die Kanalisationen der als marktbeherrschend befundenen Anbieterin zu kostenorientierten Preisen verlegt. Bei Aufhebung der asymmetrischen Regulierung könnte die marktbeherrschende Anbieterin die Preise für die bereits heute mitbenutzte Kanalisation plötzlich erhöhen<sup>11</sup>.*

Zu berechtigten Zweifeln an der tatsächlichen Absicht zur Milderung der heutigen asymmetrischen Zugangsregulierung Anlass geben aber auch die in Art. 13d Abs. 2 lit. a VE-FMG vorgesehenen Möglichkeiten zur Preisregulierung. So wird ausser der kostenorientierten Preisgestaltung (lit. a, Ziff. 2)<sup>12</sup> auch vorgeschlagen, dass „die Preise sich auf markt- und branchenübliche Vergleichswerte stützen“ (lit. a, Ziff. 1). In den Erläuterungen von Art. 13d Abs. 2 lit. a VE-FMG wird darauf hingewiesen, dass diese beiden Ansätze „bereits nach geltendem Recht“ bestünden, und so der Eindruck erweckt, dass bloss die Übernahme geltenden Rechts vorgeschlagen werde<sup>13</sup>. Dies trifft indessen nur für die Berechnung kostenorientierter Preise zu:

Nach dem Einleitungssatz von Art. 11 Abs. 1 FMG muss eine marktbeherrschende Anbieterin ihre Zugangsdienste „zu kostenorientierten Preisen“ anbieten. Im Streitfall legt die ComCom die Preise nach den einschlägigen Bestimmungen zur Kostenorientierung (insbesondere Art. 54 FDV) fest. Swisscom hat dabei die Möglichkeit, im Zugangsverfahren den Nachweis zu erbringen, dass die von ihr offerierten

<sup>11</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 34 f.

<sup>12</sup> Gemäss dem Erläuterungsbericht (S. 56) ist hinsichtlich der methodischen Ansätze zur Berechnung kostenorientierter Preise vorgesehen, die heutigen Regelungen in der FDV weitgehend beizubehalten.

<sup>13</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 56.



Preise die Vorschriften zur Kostenorientierung einhalten (Kostennachweis). Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als Instruktionsbehörde und die ComCom überprüfen jeweils den Kostennachweis und nehmen zur Festlegung kostenorientierter Preise die nötigen Anpassungen vor. Die ComCom ist aber in ihrer langjährigen Praxis noch nie zum Schluss gelangt, dass Swisscom den Kostennachweis nicht erbracht hat und die Preise deshalb gemäss Art. 74 Abs. 3 FDV „aufgrund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten“, d.h. gestützt auf einen Benchmark, zu verfügen wären. Die Zugangspreise für die in Art. 11 Abs. 1 FMG aufgezählten Dienste sind gemäss geltendem Recht demnach noch nie „auf markt- und branchenübliche Vergleichswerte“ abgestützt worden.

Die Anwendung der Benchmark-Methode als Preisfestlegungsmethode käme faktisch einer **Verschärfung der Preisregulierung** gleich. Da der asymmetrischen Zugangsregulierung nach Art. 13d VE-FMG die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt in der Schweiz zugrunde liegen würde, würde die Benchmark-Methode einen internationalen Preisvergleich bedingen, dem in der Regel die entsprechenden Zugangspreise in der EU zugrunde gelegt werden müssten. In der EU gelangen aber im Vergleich zur Schweiz zumeist tiefere Zugangspreise zur Anwendung. So führen Faktoren wie die geographische Verteilung der Bevölkerung oder weniger strenge länderspezifische Vorschriften zum Bau und Betrieb von Telekommunikationsanlagen in den EU-Mitgliedstaaten zu einem insgesamt tieferen Preis- bzw. Kostenniveau als in der Schweiz. Hinzu kommt, dass in den Preisvergleich regulierte Zugangspreise der EU-Mitgliedstaaten einbezogen werden müssten, deren Bestimmung nach andern Regeln als in der Schweiz erfolgt. So ist innerhalb der EU auf inkrementelle Kosten (pure LRIC) abzustellen und es dürfen keine Gemeinkosten berücksichtigt werden (vgl. demgegenüber Art. 54 Abs. 2 lit. c FDV), was zwangsläufig zu tieferen Preisen führt. Zu noch tieferen Preisen würde die Benchmark-Methode dann führen, wenn beim Preisvergleich die beträchtlichen Kaufkraftunterschiede zwischen der Schweiz und den EU-Staaten unberücksichtigt bleiben würden.

Statt zu der in den Erläuterungen zu Art. 13d VE-FMG in Aussicht gestellten Milderung der regulatorischen Eingriffe könnte Art. 13d Abs. 2 lit. a VE-FMG also letztlich zu einer Verschärfung der Preisregulierung führen.

Selbst wenn dank Art. 13d E-FMG wider Erwarten realistische Möglichkeiten für eine Milderung der regulatorischen Eingriffe zugunsten von Swisscom bestünden, läge deren Realisierung im alleinigen Ermessen der ComCom. Wäre Swisscom der Auffassung, dass eine mildere Lösung angemessen wäre, als sie von der ComCom im Verfahren gemäss Art. 13g und Art. 13h VE-FMG verfügt worden ist, hätte sie im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht realistisch gesehen wohl keine Möglichkeit, den diesbezüglichen Entscheid der ComCom korrigieren zu lassen. Die Praxis belegt, dass das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung von Verfügungen, die auf Fachwissen oder wirtschaftspolitischen Überlegungen beruhen, sehr zurückhaltend ist. Würde überdies das VwVG gemäss dem Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes<sup>14</sup> revidiert, d.h. die Rüge der Unangemessenheit im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht gemäss der vorgeschlagenen Änderung von Art. 49 VwVG für unzulässig erklärt, würde die Kompetenz der ComCom zur Auferlegung von Verpflichtungen im Sinne von Art. 13d VE-FMG zu einem quasi rechtsfreien Bereich.

---

<sup>14</sup> Vgl. dazu [https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2015/ref\\_2015-11-09.html](https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2015/ref_2015-11-09.html).

### Würdigung der vorgeschlagenen Toolbox

Die vorgeschlagene Toolbox verspricht mehr, als sie würde halten können. So ist es aufgrund der bisherigen restriktiven Praxis der Regulierungsbehörden in Zugangsfragen unrealistisch zu erwarten, dass die heutigen regulatorischen Eingriffe zugunsten von Swisscom spürbar gemildert würden. Zudem ist es widersprüchlich und klar abzulehnen, wenn mit der Toolbox ein Instrumentarium zur Verhinderung überschüssender regulatorischer Eingriffe geschaffen, der ComCom damit aber gleichzeitig auch noch eine Verschärfung der Preisregulierung ermöglicht werden soll.

#### **2.1.1.2.3 Aufhebung des Verhandlungsprimats**

Gemäss dem Erläuterungsbericht soll mit der FMG-Revision u.a. das Verhandlungsprimat mit geeigneten flankierenden Massnahmen korrigiert werden, „ohne vom Grundsatz der Geltung des Verhandlungsprimats abzuweichen“<sup>15</sup>. Tatsächlich würde jedoch das Verhandlungsprimat mit der vorgeschlagenen Revision faktisch aufgehoben:

Nach **Art. 13j Abs. 1 VE-FMG** entscheidet die ComCom auf Gesuch einer FDA, ob eine marktbeherrschende Anbieterin die ihr gemäss Art. 13h VE-FMG auferlegten Verpflichtungen rechtmässig umgesetzt hat. Ist dies nicht der Fall, so legt sie die Preise und die weiteren Konditionen fest. Das neu als Aufsichtsverfahren konzipierte Verfahren würde der ComCom auf Gesuch einer FDA erlauben, in gültig abgeschlossene Verträge einzugreifen. Im Gegensatz zu Art. 11 a Abs. 1 FMG fehlt nämlich in Art. 13j Abs. 1 VE-FMG die Bedingung der fehlenden Einigung bzw. des Dissens („Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht [...] über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Kommission diese auf Gesuch einer Partei [...].“). Eine Begründung für diese Änderung sucht man im Erläuterungsbericht vergeblich.

In **Art. 13k VE-FMG** wird sodann eine umfassende Drittwirkung von Zugangsentscheiden der ComCom statuiert. Dies hätte zur Folge, dass die ComCom mit einer Verfügung gemäss Art. 13j Abs. 1 VE-FMG nicht nur die zwischen der Gesuchstellerin und der marktbeherrschenden Anbieterin strittigen Zugangsbedingungen regelt, sondern gleichzeitig auch noch in Vertragsbeziehungen von Anbieterinnen eingreift, die sich über die in jenem Verfahren strittigen Zugangsbedingungen vertraglich geeinigt haben. Im Erläuterungsbericht wird diese Bestimmung damit begründet, dass sich in der Rechtspraxis gezeigt habe, dass die auf die Verfahrensparteien beschränkte Rechtswirkung eines Entscheids bei anderen Anbieterinnen zu Rechtsunsicherheit führen könne. Aufgrund des Diskriminierungsverbots hätten diese Anbieterinnen grundsätzlich Anspruch auf dieselben Bedingungen, wie sie von der ComCom verfügt worden seien, müssten diese jedoch individuell bei der marktbeherrschenden Anbieterin einfordern<sup>16</sup>. Mit diesen allgemein gehaltenen Ausführungen verschweigt das UVEK jedoch, dass

- bei den regulierten Zugangspreisen die Drittwirkung von ComCom-Entscheiden zwischen Swisscom und den FDA vertraglich schon lange geregelt ist, so dass jeweils alle FDA gleichzeitig und im gleichen Ausmass von einer in einem Zugangsverfahren behördlich allenfalls verfügten Senkung der von Swisscom offerierten Zugangspreise profitieren (vgl. dazu Ziff.2.1.1.2 dieser Stellungnahme);

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 17.

<sup>16</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 60.

- Swisscom im Falle der behördlichen Änderung von preisunabhängigen Zugangsbedingungen jeweils von sich aus gegenüber den am Verfahren nicht beteiligten FDA für eine entsprechende Vertragsanpassung Hand geboten hat.

Für die am Verfahren nicht beteiligten FDA besteht im Zusammenhang mit Zugangsverfügungen der ComCom somit keine Rechtsunsicherheit.

Das UVEK übersieht zudem, dass Swisscom im Bereich der preisunabhängigen Zugangsbedingungen mit den verschiedenen FDA über das Basisangebot hinausgehende individuelle, massgeschneiderte Lösungen vereinbart hat. Die vorgeschlagene gesetzliche Drittwirkung von ComCom-Entscheiden könnte deshalb gerade im Zusammenhang mit preisunabhängigen Zugangsbedingungen nicht zu mehr, sondern vielmehr zu weniger Rechtssicherheit führen, wären doch die Auswirkungen von ComCom-Entscheiden auf solche individuellen Vereinbarungen unklar.

Ausserdem könnte die ComCom gestützt auf **Art. 13j Abs. 3 VE-FMG** von Amtes wegen (*ex officio*) ganz direkt in Zugangsverträge eingreifen, wenn eine von ihr gemäss Art. 13h VE-FMG auferlegte Verpflichtung „*nicht oder offensichtlich nicht rechtmässig umgesetzt wurde*“. Begründet wird diese vollständige Negierung des Verhandlungsprimats mit dem angeblich kollusiven, wettbewerbsschädlichen Verhalten der FDA im Bereich der Mobilterminierung<sup>17</sup>. Mit der Ex-officio-Kompetenz der ComCom soll nun ermöglicht werden, die Mobilterminierungspreise auf dem Vorleistungsmarkt im Sinne von Art. 13d Abs. 2 lit. a VE-FMG zu regulieren. Damit könnte der Mobilfunkmarkt nach Auffassung des UVEK insgesamt kompetitiver werden.

Der vom UVEK zur Stützung dieser Behauptung angeführte Aufsatz von Hurkens und Lopez aus dem Jahr 2012<sup>18</sup> ist eine selektive Auswahl aus der sehr umfangreichen Literatur zur Wirkung einer Regulierung der Mobilterminierungspreise. Zudem anerkennen Hurkens und Lopez im erwähnten Aufsatz selbst, dass ihr Resultat im Widerspruch zu den Ergebnissen anderer Studien steht. Auch werden die Auswirkungen auf die Investitionstätigkeiten im Mobilfunkbereich nicht geprüft, d.h. das Augenmerk liegt allein auf statischen Effekten (Preise, Preisstruktur). Abgesehen davon ist das Ergebnis von Hurkens und Lopez aus folgenden Gründen auch nicht plausibel:

Sinkende Mobilterminierungspreise bedeuten sinkende Erträge für die Mobilfunkanbieter. Bei sinkenden Erträgen werden nicht zusätzlich die Endkundenpreise gesenkt. Denn falls eine Senkung der Endkundenpreise die nachgefragten Volumina derart erhöhen würde, dass es profitabel wäre, hätten die Mobilfunkanbieter diese Massnahme schon lange ergriffen. Zu erwarten ist vielmehr ein so genannter „**Wasserbetteffekt**“. Die Mobilfunkanbieter müssten die Ertragsausfälle aus den sinkenden Mobilterminierungspreisen kompensieren, indem sie andere Preise anheben oder im Fall allgemein sinkender Preise die Preise nicht weiter senken<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 16.

<sup>18</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 110 (Fussnote 61) und S. 129.

<sup>19</sup> Vgl. dazu GENAKOS und VALLETTI, Regulating prices in two-sided markets: The waterbed experience in Mobile telephony. Telecommunications Policy 36 (2012) 360–368. HOERNIG bestätigt diesen Effekt, wobei er zum Schluss gelangt, dass dieser bei Postpaid-Preisplänen viel stärker als bei Prepaid-Preisplänen sei (vgl. HOERNIG, The Strength of the Waterbed Effect Depends on Tariff Type. Inova, Working Paper 546, 2014). In einer Studie von 2015 stellen GENAKOS und VALLETTI fest, dass dieser Effekt abnimmt, je höher das Volumen des Verkehrs zwischen Mobilfunkanbietern (M2M-Verkehr) im Verhältnis zum Verkehrsvolumen zwischen Festnetz- und Mobilfunkanbietern (F2M-

Theoretische Studien zeigen, dass die volkswirtschaftlich optimale Höhe der Mobilterminierungsstarife je nach Marktverhältnissen (sprich: den Studien zugrunde liegenden Annahmen) unterschiedlich ist. Auch eine Terminierungsgebühr weit über dem Kostenniveau kann für die Volkswirtschaft durchaus optimal sein<sup>20</sup>. Insgesamt sind die Wirkungen einer Senkung der Mobilterminierungsstarife auf den Wettbewerb und die Preise im Mobilfunkbereich nicht klar. Dies stellte der Bundesrat in seinem Fernmeldebericht von 2010 selbst fest:

*Die Betrachtungen zeigen, dass der Zusammenhang zwischen der Höhe der Terminierungsgebühren und den Endkundenpreisen nicht so einfach ist, wie prima vista angenommen<sup>21</sup>.*

Im Fernmeldebericht von 2012 sprach der Bundesrat denn auch vorsichtig vom Eindruck, die Senkung der Mobilterminierungspreise hätte zur Senkung der Endkundenpreise beigetragen<sup>22</sup>. Im Fernmeldebericht 2014 (S. 29 f.) meinte der Bundesrat dann ohne Begründung, die im Vergleich zum Ausland hohen Mobilterminierungspreise würden sich zum Nachteil der Endkunden auswirken. Auch die damals befürchteten (aber ebenfalls theoretisch unbelegten und damit spekulativen) negativen Wettbewerbswirkungen der so genannten on-net- und off-net-Preisdifferenzierung<sup>23</sup>, welche auf hohe Mobilterminierungsstarife zurückgeführt wurde, können kein Grund für die Einführung einer Ex-officio-Kompetenz der ComCom sein, da es diese Preisdifferenzierung heute kaum mehr gibt (und sie auch damals eher selten war). In der Zwischenzeit hat es keine neuen Erkenntnisse gegeben, die eine andere Einschätzung nahelegen würden.

Im Ergebnis ist es somit zweifelhaft, ob tiefere Mobilterminierungspreise tatsächlich zu einem kompetitiveren Markt und tieferen Preisen führen würden. Unabhängig davon ist indessen festzustellen, dass das vom UVEK als kollusiv bezeichnete und negativ bewertete Verhalten der FDA in den letzten zehn Jahren zu einer spürbaren Senkung der Mobilterminierungspreise geführt hat.

---

Verkehr) ist (vgl. GENAKOS und VALLETTI, Evaluating a Decade of Mobile Termination Rate Regulation. The Economic Journal, Volume 125, Issue 586, S. F31–F48). Auch dieses Resultat ist plausibel, denn Kosten aus Zahlungen für Mobilterminierung und Erträge aus M2M-Mobilterminierung gleichen sich in etwa aus, da die Mobilterminierungspreise wie auch die ausgetauschten Verkehrsvolumina in etwa gleich sind. Anders verhält sich dies im F2M-Verkehr. Die Festnetzterminierungspreise sind tiefer als die Mobilterminierungspreise, d.h. es ergibt sich ein Saldo zu Gunsten der Mobilfunkanbieter. Sinkt nun das Verkehrsvolumen F2M, dann sinkt auch der Saldo zu Gunsten der Mobilfunkanbieter. Damit verringert sich auch der „Wasserbetteffekt“. Dieses Resultat, d.h. das Ausmass des „Wasserbetteffekts“, ist stark vom Verhältnis des F2M- zum M2M-Verkehr abhängig und variiert damit je nach Land.

<sup>20</sup>So meint z.B. ARMSTRONG, dass die Terminierungsentgelte je nach gerade berücksichtigter Externalität (Netzexternalität, Anrufexternalität; Externalitäten zwischen Anrufer und Angerufenem) über oder unter den Terminierungskosten liegen sollten, ja dass unter Umständen eine Regulierung nicht angezeigt sei (vgl. ARMSTRONG, The Theory of Access Pricing and Interconnection. In M. Cave et al. (Hg), Handbook of Telecommunications Economics. Volume 1. Amsterdam et al. 2002, S. 343 ff.).

<sup>21</sup> Vgl. dazu Evaluation zum Fernmeldemarkt vom 17. September 2010, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009 („Fernmeldebericht 2010“), S. 39; abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03498/index.html?lang=de>.

<sup>22</sup> Vgl. dazu Evaluation zum Fernmeldemarkt, Ergänzungsbericht vom 28. März 2012 („Fernmeldebericht 2012“), S. 12; abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03498/index.html?lang=de>.

<sup>23</sup> Die Endkundenpreise für on-net Anrufe (d.h. Anrufer und Angerufener sind Kunden desselben Mobilfunkanbieters) und off-net Anrufen (d.h. Anrufer und Angerufener sind Kunden verschiedener Mobilfunkanbieter) waren in der Vergangenheit zum Teil unterschiedlich, d.h. on-net Anrufe waren günstiger als off-net Anrufe.

Weshalb kollusives Verhalten der FDA vorliegen sollte, ist im Übrigen nicht einsichtig. So wird in der Regulierungspraxis der EU und in Kartellrechtsverfahren jede FDA in ihrem eigenen Netz als marktbeherrschend erklärt<sup>24</sup>. Definitionsgemäss liegt Marktbeherrschung allerdings nur dann vor, wenn sich ein Unternehmen von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG). Kann sich ein Unternehmen unabhängig verhalten, dann ist es nicht darauf angewiesen, seine Konditionen in kollusiver Weise, d.h. in (expliziter oder stillschweigender) Koordination mit anderen Marktteilnehmern festzusetzen. Die Praxis der Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden, wonach alle FDA in ihren eigenen Netzen als marktbeherrschend erklärt werden, steht daher im Widerspruch zur Behauptung des UVEK, es sei hier kollusives Verhalten anzunehmen.

Hinzu kommt, dass die FDA über Preise verhandeln, welche sie sich gegenseitig verrechnen. Es wird also nicht über Preise verhandelt, welche der Endkunde zu bezahlen hat. Dass ein Mobilfunkanbieter seine Terminierungspreise in Abhängigkeit davon ansetzt, welche Terminierungsentgelte die anderen Mobilfunkanbieter verlangen, ist darauf zurückzuführen, dass jeder Mobilfunkanbieter zwar Terminierungsleistungen anbietet, diese aber gleichzeitig auch nachfragt. Jeder Mobilfunkanbieter wird den Terminierungspreis, welchen er zu zahlen bereit ist, daher davon abhängig machen, welchen Preis er dem Verhandlungspartner zugestehen muss. Grundsätzlich wird kein Mobilfunkanbieter damit einverstanden sein, seine Terminierungsleistung billiger anzubieten als zu dem Betrag, den er für die Terminierungsleistung (also das genau gleiche Produkt) bei einem anderen Mobilfunkanbieter bezahlen muss<sup>25</sup>. Bei dieser Sachlage von kollusivem Verhalten zu sprechen, ist verfehlt.

Ferner würde ein regulatorisches Festsetzen der Mobilterminierungstarife den FDA grosse Flexibilität rauben, denn würden die Terminierungstarife von der ComCom ex officio festgelegt, könnten sie ohne deren Zustimmung nicht mehr geändert werden. Zunehmend erheben EU-Operatoren Zuschläge für den Verkehr aus Nicht-EU-Staaten, so auch für den Verkehr aus der Schweiz. Swisscom und anderen Schweizer FDA war es nur deshalb möglich, rasch mit eigenen Zuschlägen auf die Zuschläge dieser EU-Operatoren zu reagieren, weil dazu keine Zustimmung der ComCom erforderlich war. Auf diese Weise ist es gelungen, mit den betreffenden EU-Operatoren in Verhandlungen zu treten, mit heute guten Aussichten, die Zuschläge zumindest reduzieren zu können. Die EU-Operatoren haben diese Zuschläge insbesondere wegen der sehr hohen Mobilterminierungstarife gewisser Staaten eingeführt, welche die Terminierungstarife in den letzten Jahren massiv erhöht haben (z.B. Türkei, Serbien und afrikanische Staaten). In der Schweiz dagegen wurden die Mobilterminierungstarife wie erwähnt kontinuierlich gesenkt. Tiefere Mobilterminierungstarife sind daher keine Garantie, um von solchen Zuschlägen verschont zu werden, zumal viele EU-Operatoren frei sind, ausserhalb der EU Zuschläge nach eigenem Gutdünken anzuwenden.

Die Einführung einer Ex-officio-Kompetenz der ComCom ist aus diesen Gründen nicht gerechtfertigt.

---

<sup>24</sup> Vgl. dazu Ziff. 2.1.1.1.1 und Fussnote 6 dieser Stellungnahme.

<sup>25</sup> Dass es trotzdem asymmetrische Terminierungspreise gibt, ist alleine auf die Regulierungspraxis zurückzuführen, welche diese Preise während einer bestimmten Dauer (gemäss EU nicht länger als bis vier Jahre nach dem Markteintritt) für Marktzutretende höher und für eingessene Unternehmen tiefer angesetzt hat.

### Würdigung der vorgeschlagenen Aufhebung des Verhandlungsprimats

In der Botschaft zur Änderung des FMG vom 12. November 2003 hat sich der Bundesrat seinerzeit vorbehaltlos für die Beibehaltung der Verhandlungsprimats und damit gegen einen Systemwechsel ausgesprochen:

*Es ist sinnvoll, den Marktakteuren die Vereinbarung der Bedingungen ihrer Beziehungen zu überlassen; dadurch werden die Gefahren eines übertriebenen Interventionismus vermieden (Verhandlungsprimat). Deshalb verzichtet der Bundesrat darauf, die Einführung von Ex-ante-Vorschriften vorzuschlagen<sup>26</sup>.*

[...]

*Die Abkehr vom Verhandlungsprimat zu Gunsten einer [...] Ex-ante-Regulierung hätte zur Folge, dass die ComCom bei Vorliegen einer [...] Marktbeherrschung von Amtes wegen eingreifen und die technischen sowie die kommerziellen Interkonnectionsbedingungen unabhängig von einem Antrag einer Anbieterin von Fernmeldediensten festlegen könnte. [...]*

*Eine solche Ex-ante-Kompetenz entspricht allerdings nicht der schweizerischen Rechtstradition der Subsidiarität von Regulierungen und beinhaltet insbesondere die Gefahr eines übertriebenen Interventionismus des Regulators. Auch könnten aufgrund von Regulierungsungenauigkeiten oder –fehlern Marktverzerrungen resultieren, welche negative Innovations- und Investitionsanreize setzen könnten. Auf eine Abkehr vom bisherigen System wird daher verzichtet<sup>27</sup>.*

Das UVEK bleibt eine Antwort dafür schuldig, weshalb das Verhandlungsprimat, das ein zentrales Element der geltenden, bewährten Zugangsregulierung darstellt, trotz der damaligen grundsätzlichen Bedenken des Bundesrates aufgehoben und damit trotz anderslautender Absichtserklärung des Bundesrates im Fernmeldebericht 2014 in dieser Hinsicht bereits jetzt ein grundlegender Systemwechsel in die Wege geleitet werden soll.

## 2.1.2 Symmetrische Zugangsregulierung (Art. 35b sowie Art. 36a - 36c VE-FMG)

### 2.1.2.1 Die vorgeschlagenen Regelung im Überblick

Mit der FMG-Revision soll unter anderem ein möglichst rascher, flächendeckender und kosteneffizienter Ausbau von Hochbreitbandnetzen gefördert werden<sup>28</sup>. Zu diesem Zweck sollen in Anlehnung an die entsprechende Regelung in der EU<sup>29</sup> die in Telekommunikationsinfrastrukturen investierenden Netzbetreiber gemäss Art. 36a – 36c VE-FMG **Zugang zu sämtlichen bestehenden (passiven) Infrastrukturen erhalten, die für den Breitbandnetzausbau geeignet sind**. Gestützt auf Art. 35b VE-FMG sollen diese Netzbetreiber zudem ein Erschliessungsrecht des Gebäudezugangspunktes sowie unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf **Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen** erhalten. Diese Zugangs- und Mitbenutzungsansprüche setzen frei verfügbare Kapazitäten der jeweiligen Eigentümer bzw.

---

<sup>26</sup> Vgl. dazu BBl 2003 7963.

<sup>27</sup> Vgl. dazu BBl 2003 8002.

<sup>28</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 16 f.

<sup>29</sup> Vgl. dazu die Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Massnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation („Kostenreduktionsrichtlinie“) sowie den Fernmeldebericht 2014, S. 34.

Rechteinhaber voraus, wobei der Zugang auf transparente, nichtdiskriminierende Weise sowie zu angemessenen Preisen erfolgen soll.

Die mit den vorgeschlagenen Erschliessungsbestimmungen und Mitbenutzungsvorschriften verfolgten Zielsetzungen sind sinnvoll und insofern grundsätzlich unbestritten. Die Sicherstellung einer grösseren Wahlfreiheit und Angebotsvielfalt zugunsten der Endkunden, die Nutzung bestehender Infrastrukturanlagen bei hinreichend vorhandenen Kapazitäten zwecks Vermeidung von volkswirtschaftlich unerwünschten Duplikationen sowie geeignete Rahmenbedingungen für einen beschleunigten, möglichst flächendeckenden und kosteneffizienten Ausbau von Hochbreitbandnetzen sind im übergeordneten Interesse angezeigt. Wie nachfolgend im Einzelnen aufgezeigt wird, bleibt bei dieser Betrachtungsweise indessen unberücksichtigt, dass der wettbewerbsgetriebene Netzausbau in der Schweiz bereits weit fortgeschritten ist und die geltend gemachten Zielsetzungen heute bereits erreicht werden. Dabei haben sich insbesondere der bisherige Selbstregulierungsansatz der Branche und die geltenden fernmeldegesetzlichen Sonderbestimmungen zum Bau von modernen Telekommunikationsinfrastrukturen bewährt.

### 2.1.2.2 Selbstregulierungsmassnahmen / Branchenregelungen

#### 2.1.2.2.1 Runder Tisch Glasfasernetze

Ab Mitte 2008 initiierte die ComCom mit den Hauptakteuren der Branche bekanntlich verschiedene Zusammenkünfte (*Runder Tisch Glasfasernetze*), anlässlich welchen informell die Herangehensweise und die wesentlichsten Rahmenbedingungen im Zusammenhang mit der Erschliessung der Haushalte mit Glasfasernetzen erörtert wurden.

Im Zentrum der Moderationstätigkeit der ComCom stand dabei die Koordination des Glasfasernetzausbaus und in diesem Zusammenhang insbesondere die Verhinderung von lokalen Monopolen, die den Zugang zum Endkunden erschweren oder den Wettbewerb behindern. Gleichzeitig sollte der Netzaufbau möglichst effizient stattfinden, um volkswirtschaftlich sinnvolle Investitionen zu erlauben. Die am Runden Tisch Glasfasernetze teilnehmenden Netzbetreiber konnten sich im Sinne einer **Branchenlösung** auf verschiedene **Grundprinzipien und Eckpunkte hinsichtlich dem Bau von Glasfaserschlussnetzen** verständigen (koordinierter Netz[aus]bau, Multi-/Mehrfaser-Erschliessungskonzept; Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs; technische Standards)<sup>30</sup>.

Dem Runden Tisch Glasfasernetze wurde denn auch vom Bundesrat eine „wesentliche Rolle“ beim Ausbau von Glasfasernetzen attestiert<sup>31</sup>.

#### 2.1.2.2.2 Industriearbeitsgruppen

Auf Initiative des Runden Tisches Glasfasernetze wurden zudem mehrere Industriearbeitsgruppen ins Leben gerufen, welche unter der Moderation des BAKOM konkrete Fragestellungen im Zusammenhang

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu <http://www.comcom.admin.ch/themen/00769/index.html?lang=de> sowie KRATZ, Glasfaser im Wettbewerb bzw. im Visier von politischen, Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden, in: Kommunikation, Rolf Sethe/Andreas Heinemann/Reto M. Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 581 ff., S. 587 f.

<sup>31</sup> Vgl. dazu den Fernmeldebericht 2012, S. 30. Zu den einzelnen Ergebnissen des Runden Tisches Glasfasernetze vgl. auch den Fernmeldebericht 2010, S. 107 ff.

mit der Erschliessung der Schweizer Haushalte mit Glasfasern erörterten und ihre gemeinsamen Erkenntnisse in Richtlinien bzw. Empfehlungen festhielten<sup>32</sup>.

#### 2.1.2.2.3 Standard-Vertragsbedingungen zur Glasfasererschliessung in Wohn- und Geschäftsliegenschaften

Basierend auf den Vorgaben des Runden Tisches Glasfasernetze sowie unter Bezugnahme auf das im Rahmen der BAKOM-Arbeitsgruppen weiter konkretisierte gemeinsame Grundverständnis sämtlicher involvierter Teilnehmer erarbeiteten die Netzbetreiber sowie eine Delegation der Hauseigentümergebände und Vertreter der Immobilienwirtschaft einen **Muster-/Standard-Vertrag (sog. „HEV-Vertrag“)**, welcher die rechtlichen Modalitäten von Glasfasererschliessungen in Wohn- und Geschäftsliegenschaften regelt. Da der Netzausbau bei den investierenden Netzbetreibern erhebliche Kosten verursacht, soll mit dieser Branchenlösung der Glasfasernetzausbau im gesamtwirtschaftlichen Interesse stimuliert werden<sup>33</sup>.

Das aus einer „Vertragsurkunde Glasfasererschliessung“ sowie den allgemeinen „Vertragsbedingungen Glasfasererschliessung“ bestehende Vertragswerk<sup>34</sup> fand in der Praxis schweizweite Akzeptanz und hat sich bewährt. Die Anwendung des Muster-Vertrages wird denn auch von einer Vielzahl von Netzbetreibern sowie Verbänden unterstützt und zur Annahme bzw. Unterzeichnung empfohlen<sup>35</sup>.

#### 2.1.2.2.4 Erfolgreiche Umsetzung der Selbstregulierungsmassnahmen

Die breit abgestützten Selbstregulierungsmassnahmen wurden umgesetzt, geniessen eine hohe Akzeptanz und haben sich bis heute bewährt. Inwiefern durch die neu vorgeschlagene Regelung von Art. 35b VE-FMG „die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten ... künftig erhöht und nicht durch Exklusivrechte auf Hausinstallationen beeinträchtigt werden“<sup>36</sup> soll, ist daher nicht ersichtlich. Dem Erläuterungsbericht können keine konkreten sowie sachlich nachvollziehbaren Ausführungen zur Notwendigkeit neuer gesetzlicher Vorschriften entnommen werden.

Selbst die zuständigen Regulierungsbehörden haben sich dahingehend geäussert, dass sich die „Lösungsfindung mit der Branche ... bewährt und zu konkreten Resultaten geführt“ habe<sup>37</sup>. Auch der Bundesrat qualifiziert den bisherigen marktgetriebenen Ausbau moderner Telekommunikationsnetze in der

---

<sup>32</sup> Die Kurzbeschreibungen sowie die Ergebnisse der jeweiligen Arbeitsgruppen können unter <http://www.bakom.admin.ch/themen/technologie/01397/03044/03046/index.html?lang=de> abgerufen werden.

<sup>33</sup> Vgl. dazu AMGWERT/SCHLAURI, Telekommunikation, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, S. 259, Fn. 199.

<sup>34</sup> Das Vertragswerk ist abrufbar unter <http://www.hev-zuerich.ch/themen/glasfaseranschluss.htm>; [http://www.pfyn.ch/xml\\_1/internet/de/application/d201/f206.cfm](http://www.pfyn.ch/xml_1/internet/de/application/d201/f206.cfm); <http://www.ftth-fr.ch/de/eigentumer-und-verwaltungen-anschluss-ihres-gebauedes.html>.

<sup>35</sup> Vgl. dazu die Liste der Netzbetreiber und Verbände, welche die Vertragsbedingungen Glasfasererschliessung unterstützen und zur Annahme empfehlen, abrufbar z.B. unter [http://www.pfyn.ch/xml\\_1/internet/de/application/d201/f206.cfm](http://www.pfyn.ch/xml_1/internet/de/application/d201/f206.cfm).

<sup>36</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 17.

<sup>37</sup> Vgl. dazu die Medienkonferenz des ComCom-Präsidenten vom 6. Oktober 2009 i.S. „Runder Tisch FTTH – eine erste Bilanz“, Präsentation Medienkonferenz, Folie 9 (abrufbar unter Vgl. <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=29395>) sowie die Medienorientierung von ComCom/BAKOM vom 16. Januar 2012 i.S. Runder Tisch "Glasfasernetze bis in die Haushalte (FTTH)" – eine Bilanz. Präsentation zur Pressekonferenz, Folie 13 (abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=43030>): „Lösungsfindung mit der Branche hat sich bewährt: Mediation hilfreich zur Stimulierung der Entwicklung“.



Schweiz als Erfolgsgeschichte, was zu einem nicht unwesentlichen Teil auf die anlässlich des Runden Tisches Glasfasernetze gefundene Verständigung der Marktakteure über die Grundprinzipien des (Aus)Baus der Glasfaseranschlussnetze zurückzuführen sei<sup>38</sup>.

### 2.1.2.3 Geltende fernmeldegesetzliche Sonderbestimmungen zum Bau von modernen Telekommunikationsinfrastrukturen genügen auch in Zukunft

Die bestehenden fernmeldegesetzlichen Sonderbestimmungen zum (Aus)Bau von modernen Telekommunikationsinfrastrukturen, insbesondere das der Koordination von Bau-/Grabarbeiten im öffentlichen Grund dienende sog. Leitungsbauprivileg gemäss Art. 35 FMG, die gesetzliche Erschliessungsberechtigung gemäss Art. 35a Abs. 1 FMG sowie die Zugangs- bzw. Mitbenutzungsbestimmungen gemäss Art. 36 Abs. 2 und 3 FMG bilden bewährte und auch in Zukunft zweckmässige Grundlagen, um auch ausserhalb von städtischen Gebieten einen effizienten und kostenoptimalen (Aus)Bau von modernen Telekommunikationsinfrastrukturen zu gewährleisten. Zudem entspricht es einer langjährig etablierten, betriebswirtschaftlich naheliegenden Praxis, dass die verschiedenen Betreiber von passiven Infrastrukturen im allseitigen Interesse Kooperationsmöglichkeiten zwecks Synergienutzungen und Kostensenkungen nutzen und sich gegenseitig einvernehmlich über den Zugang zu frei verfügbaren Kapazitäten gegen entsprechende Abgeltung verständigen. Dies belegt nicht zuletzt auch die Tatsache, dass es in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit zu praktisch keinen Streitfällen gekommen ist.

### 2.1.2.4 Würdigung der vorgeschlagenen symmetrischen Zugangsregulierung

Dank den geltenden fernmelderechtlichen Bau-, Erschliessungs- und Mitbenutzungsvorschriften und basierend auf dem bisherigen Selbstregulierungsansatz der Branche, welcher sich als zweckmässig erwiesen und bewährt hat, wird das angestrebte Sparpotenzial durch Synergienutzungen beim (Aus)Bau von Hochbreitbandnetzen bereits heute weitgehend ausgeschöpft. Die mit den neuen Gesetzesbestimmungen angestrebten Ziele können somit als bereits erreicht betrachtet werden.

Eine unreflektierte bzw. unkritische Übernahme des in Fussnote 29 erwähnten EU-Rechts, die den erwähnten aktuellen und konkreten Gegebenheiten in der Schweiz nicht bzw. zu wenig Rechnung trägt, verbietet sich deshalb. Der Schweizer Weg hat sich bewährt. Der im internationalen Vergleich weit fortgeschrittene Ultrabreitbandausbau ist neben dem bestehenden Infrastrukturwettbewerb gerade auch darauf zurückzuführen, dass in der Schweiz in Bezug auf die Grundprinzipien und Rahmenbedingungen des koordinierten Netzausbaus unter den Netzbetreibern, der Immobilienwirtschaft und den Hauseigentümerverbänden bereits frühzeitig ein gemeinsames Verständnis gefunden werden konnte.

Im Zusammenhang mit den vorgeschlagenen Bestimmungen zur symmetrischen Zugangsregulierung besteht somit **kein ausgewiesener gesetzgeberischer Handlungsbedarf**.

Weiter kann sich Swisscom im Übrigen der Auffassung der NZZ anschliessen, die am 22. Januar 2016 in einem Artikel unter dem Titel „*Neue Rahmenbedingungen für die digitale Schweiz*“ aus den folgenden Überlegungen bezweifelt, dass die Vorschriften zur symmetrischen Zugangsregulierung den Ausbau neuer Netze beschleunigen würden:

---

<sup>38</sup> Vgl. dazu den Fernmeldebericht 2014, S. 12.



Ein Ziel der FMG-Teilrevision ist es, den Ausbau neuer Breitbandnetze zu fördern. So sollen Kabelschächte, Kanalisationen und Rohre im Boden besser genutzt werden. Alle Unternehmen mit solcher passiver Infrastruktur sollen deshalb neu freie Kapazitäten zur Verfügung stellen – bisher mussten dies nur marktbeherrschende Anbieter (in der Praxis: Swisscom).

Einmal mehr klingt die Regel vordergründig vernünftig. Wer ist schon gegen die effiziente Nutzung freier Kapazitäten? Doch auf den zweiten Blick zeigen sich Widersprüche. Wenn ein Unternehmen nicht marktmächtig ist, wird es aus eigenem Interesse freie Kapazitäten gegen ein Entgelt anbieten. Sonst würde man schliesslich Geld auf der Strasse liegenlassen. Damit dürfte die neue Regel überflüssig sein; mit der Bedingung «nicht marktmächtig» nimmt sie sich selbst die Existenzberechtigung. Statt den Ausbau neuer Netze zu fördern, dürfte sie wohl eher für zusätzlichen Aufwand aufseiten der Behörden und der Unternehmen führen.<sup>39</sup>

### 2.1.3 Bündelung von Diensten (Art. 12 Abs. 1 VE-FMG)

Art. 12 Abs. 1 des geltenden FMG sieht vor, dass marktbeherrschende FDA ihre Dienste nur dann bündeln dürfen, wenn sie die im Bündel enthaltenen Dienste auch einzeln anbieten. Vorbehalten bleiben gemäss Art. 12 Abs. 2 FMG technische, wirtschaftliche, Qualitäts- oder Sicherheitsgründe, welche erfordern, dass die Dienste im Bündel angeboten werden.

Das UVEK möchte diese Verpflichtung nun ausweiten und sie nicht mehr nur marktbeherrschenden Unternehmen, sondern allen FDA, unabhängig von ihrer Marktstellung, auferlegen. Begründet wird dieser Eingriff in die Produktgestaltungsfreiheit der FDA mit der angeblichen Bindungswirkung von Bündeln und damit, dass

*Kundinnen und Kunden [...] die verschiedenen Dienste gerne separat bei verschiedenen Anbieterinnen beziehen würden. Aus zahlreichen Anfragen an das BAKOM geht hervor, dass es viele Konsumentinnen und Konsumenten stört, dass sie teils Dienste beziehen müssen, die sie nicht wollen, und dafür dann auch noch mehr zahlen müssen als sie vermutlich für einzelne Dienste des Bündels zahlen würden. Viele wünschen sich z. B. lediglich einen Internetanschluss, um über diesen Anschluss alternative Angebote (bspw. im Bereich VoIP-Telefonie oder Web-TV) in Anspruch nehmen zu können. Teils ist jedoch bei fast allen Internetangeboten derselben Anbieterin zumindest ein einfaches TV-Angebot enthalten. In einem solchen Fall wäre ein Kunde, dessen Präferenzen zu TV mit Web-TV genügend befriedigt sind, unter Umständen besser gestellt, wenn im Preis des Internetangebots kein TV-Angebot enthalten wäre. [...]. Die FDA, welche ihre Dienste teils nur via Bündelung in den Markt einführen, schränken die Kundinnen und Kunden faktisch in der Wahl, sich bei einem Teil des Bündels für ein für unter Umständen geeigneteres Angebot der Konkurrenz zu entscheiden, ein.<sup>40</sup>*

Gerade das gewählte Beispiel, wonach viele sich lediglich einen Internetanschluss wünschten, zeigt, dass es eine derartige Pflicht nicht braucht, weil es durchaus möglich ist, lediglich einen Internetanschluss zu erhalten. So bietet Swisscom mit Internet 250 und Internet 50 reine Internetanschlüsse an. Auch bei Sunrise sind Internetanschlüsse ohne TV erhältlich (wobei hier Festnetztelefonie ohne Aufpreis dabei ist). Das trifft auch für die Internetabonnemente von anderen Anbietern wie green und Init7 zu. Nach Auffassung von Swisscom handelt es sich somit um ein Scheinproblem. Bezeichnenderweise

<sup>39</sup> Vgl. dazu NZZ vom 22. Januar 2016, S. 28 (abrufbar unter <http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/neue-rahmenbedingungen-fuer-die-digitale-schweiz-ld.4400>).

<sup>40</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 18.



legt auch das UVEK im Erläuterungsbericht nicht dar, inwiefern Dienste auf dem Markt nur im Bündel und nicht auch einzeln bezogen werden können.

Einzig die Kabelnetzbetreiber bieten den Internetzugang zusammen mit dem TV-Angebot an. Dies hat technische Gründe<sup>41</sup>, denn im Kabelfernsehnnetz lässt sich das TV-Grundangebot nicht nach einzelnen Kunden freischalten. Ein nicht plombierter Kabelanschluss, der Voraussetzung für das Internetangebot ist, liefert immer auch die Fernsehsignale des TV-Grundangebots mit. Deshalb sind der TV-Anschluss und das TV-Grundangebot Voraussetzung für die anderen Angebote (Telefonie und Internet). Art. 12 Abs. 2 FMG – welcher auch nach einer Revision des FMG Bestand haben würde - sieht denn auch vor, dass Dienste nicht einzeln angeboten werden müssen, wenn dies aus technischen, wirtschaftlichen, Qualitäts- oder Sicherheitsgründen nicht möglich ist. Aus diesen – wirtschaftlichen – Gründen bieten FDA wie Sunrise und Swisscom den Fernsehdienst auch nicht separat an, denn für den Konsum von Fernsehprogrammen ist ein Fernmeldeanschluss notwendig. Kundinnen und Kunden sind trotzdem nicht gezwungen, Fernsehen bei den Telekomaniern zu beziehen, da sie wie gezeigt einen reinen Internetanschluss abonnieren und separat Web-TV-Dienste konsumieren können.

Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 VE-FMG lässt überdies offen, welche Dienste auch einzeln angeboten werden müssten. Im Erläuterungsbericht wird zwar aufgelistet, welche Dienste von dieser Pflicht betroffen wären<sup>42</sup>, allerdings sieht der Gesetzestext keine entsprechende Beschränkung vor, d.h. potenziell könnten auch SMS, MMS etc. von dieser separaten Angebotspflicht erfasst werden. Die Rechtsunsicherheit wäre damit sehr gross.

Ein Eingriff in den Markt kann sich nur rechtfertigen, wenn ein Marktversagen vorliegt. Davon kann indes keine Rede sein, wie oben gezeigt wurde („Scheinproblem“). Zudem sieht das geltende FMG bereits eine solche Pflicht vor, allerdings richtigerweise beschränkt auf marktbeherrschende Unternehmen (Art. 12 Abs. 1 FMG).

Das UVEK erkennt zu Recht, dass Bündel ökonomisch Sinn machen und der Kauf eines Bündelprodukts wegen der anfallenden Verbundvorteile und wegen Vorteilen beim Kauf („alles aus einer Hand“) für die Kundinnen und Kunden günstig ist<sup>43</sup>. Die Folgerung, wonach es sich rechtfertigen würde, die Pflicht, Bündelprodukte auch einzeln anzubieten, auf einzelne, noch zu bestimmende Dienste zu beschränken, ergibt sich aus dieser Erkenntnis indes gerade nicht. Im Gegenteil müsste aus den angeführten Gründen von einer solchen Pflicht gänzlich Abstand genommen werden, zumal die Einzelprodukte wie gezeigt erhältlich sind.

Ferner sind die Behauptungen des UVEK, wonach die Haushalte Dienstleistungen, die sie nicht möchten, potenziell mitbezahlen müssten<sup>44</sup>, unbegründet. Wie das UVEK an einem anderen Ort zu Recht bemerkt, können Bündelprodukte aufgrund von Verbundvorteilen günstiger angeboten werden als die separaten Produkte, d.h. der Kauf der separaten Produkte muss teurer sein als der Kauf dieser Produkte im

---

<sup>41</sup> Auf der Internetseite von upc cablecom (<http://www.upc-cablecom.ch/de/>) erscheinen Fernsehangebote zunächst als separate Angebote. Beim Bestellprozess wird in einer Fussnote dann darauf hingewiesen, dass ein Anschluss bei upc cablecom oder einem Partnernetz Voraussetzung ist („Voraussetzung ist ein rückwegtauglicher 3-in-1 Kabelanschluss von upc cablecom oder einem unserer Partnernetze. Die Kosten für diesen Anschluss (in der Regel CHF 33.95/Mt.) sind bei Mietwohnungen meistens in den Nebenkosten enthalten.“).

<sup>42</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 47 f.

<sup>43</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 37.

<sup>44</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 18 und S. 106.

Bündel. Zudem misst ein Kunde, der ein Bündelprodukt kauft, diesem Bündel mindestens den Wert des Kaufpreises zu; andernfalls würde er das Bündel nicht kaufen. Würden nun die Bündelprodukte separat angeboten und gäbe es keine Verbundvorteile, dann müsste der Preis der einzelnen Produkte dem Bündelpreis entsprechen (ansonsten käme der Kauf der Produkte im Bündel einer Strafe gleich, was keine rationale Strategie wäre). Also würde der Kunde auch bei separatem Verkauf beide Produkte kaufen, d.h. es wäre für ihn einerlei, ob Bündel oder separate Produkte. Dies würde sich nur dann anders verhalten, wenn er einzelne Produkte günstiger bei einem Anbieter und andere günstiger bei anderen Anbietern erwerben könnte, d.h. wenn die Anbieter die Produkte separat anbieten würden. Das ist heute wie gezeigt indes bereits der Fall, d.h. die gewünschte Wahlfreiheit besteht bereits. Ein Eingriff der Behörde in den Markt wäre somit mit keinerlei Vorteilen verbunden, sondern würde bloss gewichtige Nachteile mit sich bringen (Marktverzerrungen, grosser administrativer Aufwand für Behörde und Unternehmen). Der geplante Eingriff in die Produktgestaltungsfreiheit der FDA ist unbegründet und daher abzulehnen.

#### **2.1.4 Internationales Roaming (Art. 12abis VE-FMG)**

Das UVEK vermutet beim internationalen Roaming aufgrund des relativ hohen Preisniveaus Wettbewerbsprobleme und will deshalb auf gesetzgeberischem Weg bewirken, dass Schweizer Kundinnen und Kunden zukünftig von tieferen Preisen, besseren Konditionen und mehr Wahlmöglichkeiten profitieren können<sup>45</sup>. Artikel 12a<sup>bis</sup> VE-FMG sieht deshalb vor, dass der Bundesrat

- Vorschriften zu den Abrechnungsmodalitäten erlassen kann (Abs. 1 lit. a)<sup>46</sup>;
- die FDA verpflichten kann, ihren Kundinnen und Kunden im Ausland die Nutzung von Roamingdienstleistungen von Drittanbieterinnen zu ermöglichen (Abs. 1 lit. b);
- Preisobergrenzen festlegen kann (Abs. 1 lit. c).

Zudem soll es künftig möglich sein, mit einer gesetzlich verankerten Marktbeobachtung die Entwicklung im Bereich Roaming genau zu verfolgen (Abs. 2).

##### **2.1.4.1 Die Roamingpreise sinken seit Jahren und werden weiterhin sinken**

Die Preise für internationales Roaming sinken seit Jahren und es gibt eine wachsende Konkurrenz durch alternative Angebote wie etwa die Kommunikations-Apps Skype, Viber, WhatsApp, oder auch iO von Swisscom. Allein beim Roaming betrug die Preiserosion bei Swisscom im Jahr 2015 über CHF 100 Mio.

Seit 2012 ermöglicht Swisscom mit den Infinity M – XL Abonnements und seit April 2015 mit allen Infinity plus sowie seit 21. März 2016 mit den Infinity 2.0 Abonnements unbeschwerter Roaming-Nutzung in der gesamten EU: Unbeschränkte Telefonie, SMS sowie eine Datenmenge von mindestens 1 GB (bis zu 24 GB) sind jeweils im Abonnementspreis inbegriffen. Mit diesen Angeboten dürfte Swisscom bereits heute – ohne regulatorische Eingriffe – die Vorgaben erfüllen, wie sie in der EU ab Mitte 2017, nach Abschaffung des internationalen Roamings, gelten werden.

---

<sup>45</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 6 ff.

<sup>46</sup> Konkret sollen die FDA zur sekundengenauen Abrechnung bzw. zur Abrechnung per Kilobyte verpflichtet werden.

Swisscom hat die Roamingpreise auch für alle anderen Kundengruppen und Prepaid-Angebote massiv gesenkt. Im Standardtarif kosten eine Minute telefonieren noch 45 Rappen und der Versand einer SMS noch 27 Rappen. Mit der Travel Voice Option für CHF 15 roamt man 30 Minuten und sendet 30 SMS, danach kostet die Telefonie minute noch 25 Rappen. Dieses Preisniveau entspricht den staatlich regulierten Preisen in der EU. Die Datentarife liegen sogar unterhalb des EU-Niveaus. Bei den Preisen ausserhalb der EU liegt Swisscom unterhalb des Durchschnitts der europäischen Anbieter. Mit dem Swisscom Cockpit<sup>47</sup> kann ein Kunde zudem das für ihn passende Datenvolumen auswählen.

Zudem ist Swisscom bei den Standard-Roamingpreisen massiv günstiger als ihre Schweizer Mitbewerber. Diese verlangen von ihren Kunden im Standardtarif drei bis viermal so hohe Preise für die Kommunikation in der EU. Die Preisvergleiche des BAKOM im Erläuterungsbericht (S. 7 ff.) sind denn auch entsprechend verzerrt, da sie die EU-Preise mit den Schweizer Durchschnittspreisen vergleichen.

Regulatorische Eingriffe in dieses Tarifgefüge wie zum Beispiel die Anpassung der Taktung oder die Einführung von Preisobergrenzen würden zu Wettbewerbsverzerrungen führen, die Angebotsvielfalt beschränken und insbesondere den Wettbewerbsvorsprung, den sich Swisscom bei den Kunden mittels der beschriebenen Preissenkungen errungen hat, zunichte machen.

#### **2.1.4.2 Der Markt befindet sich mit der Einführung der eSIM im Umbruch**

Der Mobilfunkbereich befindet sich in einer Umbruchphase. Endgeräteanbieter wie Samsung oder Apple, aber auch Dienstleister wie Google bringen zunehmend Geräte mit eingebauten SIM-Karten (so genannte embedded SIM, eSIM) auf den Markt. So haben Samsung und Apple bereits eSIM in eWatches sowie in bestimmte Modelle des iPad eingebaut. Mit dem Projekt „Fi“ verfolgt Google eine ähnliche Strategie; Kundinnen und Kunden können sich mit diesem Angebot auf allen Netzwerken einloggen, welche einen Vertrag mit Google, Apple oder Samsung abgeschlossen haben. Entsprechende Verträge haben z.B. T-Mobile und Sprint in den USA sowie Vodafone und Telefonica in Europa abgeschlossen. Zurzeit sind solche Projekte noch in der Einführungsphase. Insgesamt ist davon auszugehen, dass die eSIM bald eine sehr grosse Bedeutung haben wird<sup>48</sup>.

Dies hat zur Folge, dass sich Kundinnen und Kunden künftig zunehmend direkt in das Netz eines Mobilfunknetzbetreibers einwählen und zu nationalen Tarifen telefonieren, Nachrichten schicken und Daten konsumieren können. Internationales Roaming wird es in der heutigen Form in Zukunft kaum mehr geben.

#### **2.1.4.3 Die vorgesehene gesetzliche Regelung wäre aller Voraussicht nach kontraproduktiv**

Nach Auffassung des UVEK spielen beim Entscheid für ein Mobilfunkangebot im Inland die Preise für das internationale Roaming nur eine untergeordnete Rolle<sup>49</sup>. Roaming wird zumeist nicht als Stand-Alone-Dienst, sondern im Bündel mit einem Angebot z. B. für Daten, Telefonie Minuten oder SMS im Inland gekauft. Das Augenmerk der Kundinnen und Kunden liegt dabei kaum auf den Preisen für das internationale Roaming, sondern vielmehr auf den Preisen für Telefonie und Datenkonsum im Inland. Mit

<sup>47</sup> Vgl. dazu <https://www.swisscom.ch/de/privatkunden/mobile/abos-tarife/tarife-ausland-roaming/cockpit.html>.

<sup>48</sup> Vgl. dazu z.B. den Artikel „Das Ende der SIM Karte“ im Tagesanzeiger vom 19. Februar 2016, abrufbar unter <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Das-Ende-der-SIMKarte/story/23937367>.

<sup>49</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 6 f.



anderen Worten ist die Preiselastizität der Nachfrage bei diesen Diensten viel höher als bei den internationalen Roamingdiensten. Nach anerkannten ökonomischen Regeln werden bei einem solchen Sachverhalt die Preise für diejenigen Dienste, bei welchen die Konsumenten preissensibel sind, möglichst tief, und bei denjenigen Diensten, bei welchen die Preissensibilität gering ist, höher angesetzt (so genanntes Ramsey-Pricing). Mit dieser Preisregel kann die Wohlfahrt optimiert werden. Werden die Preise für das internationale Roaming auf regulatorischem Wege gesenkt, resultiert deshalb eine Verzerrung der Güterallokation, d.h. die Gesamtwohlfahrt sinkt.

Die Ertragsrechnung, welche eine FDA macht, ist eine Bündelrechnung und keine Rechnung für die einzelnen Dienste. Insofern sind Behauptungen, wonach die Gewinne im Roamingbereich überhöht seien, irreführend. Das Bündel, bestehend aus nationaler Telefonie, SMS, Datenverbrauch und internationalem Roaming, muss also insgesamt kostendeckend sein. Wenn nun die Preise bei einem Bündelprodukt regulatorisch gesenkt werden, werden sie bei einem anderen Bündelprodukt steigen oder im Fall allgemein sinkender Preise nicht weiter oder weniger rasch sinken (so genannter Wasserbetteffekt<sup>50</sup>). Diese Bündelrechnung kann bei den EU-Anbietern beobachtet werden. Sie haben im Nachgang zur EU-Roaming-Regulierung ihre Tarife für das Roaming ausserhalb der EU teilweise massiv erhöht; auch die Schweiz ist davon betroffen. Entsprechendes gilt auch für den Prepaid-Bereich. Da solche Prepaid-Kunden in aller Regel Wenignutzer sind und entsprechend kaum Erträge generieren, könnte sich ein regulatorisches Herabsetzen der Roamingpreise gerade in diesem Bereich auf die anderen, nationalen Tarife besonders negativ auswirken.

Aus den genannten Gründen dürfte der Betrag, welchen die Haushalte für das internationale Roaming zu begleichen hätten, nach einem regulatorischen Eingriff zwar vermutlich sinken, ob aber die Haushalte insgesamt besser gestellt würden, ist zu bezweifeln.

Was die Ertragsausfälle bei den FDA im Falle der vorgeschlagenen Markteingriffe anbelangt, zeigt das UVEK im Erläuterungsbericht, dass diese Ausfälle massiv wären (über 140 Mio. CHF/Jahr)<sup>51</sup>. Dass derartige Ertragsausfälle nicht in anderen Bereichen kompensiert werden könnten und allenfalls auch einen negativen Einfluss auf die Investitionen im Mobilfunkbereich haben würden, dürfte kaum zu bestreiten sein. Das UVEK führt indessen aus, dass der Umsatzanteil des internationalen Roamings an den Gesamtsätzen der FDA gering sei und deshalb auch die Auswirkungen eines regulatorischen Eingriffs auf die FDA gering seien<sup>52</sup>. Wie erwähnt, sind indes die Preise und Margen dort relativ hoch, wo der Konsument preisunelastisch ist. Aus diesem Grund sagen Umsatzanteile wenig darüber aus, ob ein bestimmter Bereich – hier das internationale Roaming – viel oder wenig zum Unternehmensgewinn beiträgt.

---

<sup>50</sup> Aus diesem Grund ist es nicht sachgerecht, die angeblich hohen inländischen Mobilfunktarife zu beklagen (vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 50 f.) und gleichzeitig die Senkung der Roamingpreise zu verlangen. Die aus einer Senkung der Roamingpreise resultierenden Ertragsausfälle würden sicherlich nicht zu einer Senkung der Inlandtarife führen. Dies hiesse, die Kompensation einer Preissenkung mittels einer anderen Preissenkung zu verlangen, was eine nicht realisierbare Forderung ist. Auch die Spekulation des UVEK auf S. 108 des Erläuterungsberichts, wonach aus dynamischer Sicht solche regulatorisch veranlassten Preissenkungen auch den FDA zugutekommen könnten, weil dadurch Nachfrageerhöhungen bewirkt würden, ist nicht zutreffend. Würden Preissenkungen zu mehr als kompensierenden Mengenreaktionen führen, hätten die FDA, welche die Nachfrageverhältnisse gut kennen, solche Preissenkungen schon längst durchgeführt. Vgl. auch die Studie von BEREK (Preliminary Analysis of a "Roam like at home" scenario based on the proposal of the European Parliament adopted on 3 April 2014, BoR [14] 135), worin mehrmals auf das Risiko des Wasserbetteffekts hingewiesen wird.

<sup>51</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 97 f.

<sup>52</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 108 f.

Auch wenn der Umsatzanteil des internationalen Roamings am Gesamtumsatz der FDA bescheiden ist, trägt das internationale Roaming einen beachtlichen Anteil an den Unternehmensgewinn bei. Die Darstellung des UVEK unterschätzt daher die wahre Bedeutung des internationalen Roamings.

Aus den genannten Gründen ist die vorgeschlagene Regelung des internationalen Roaming nicht angezeigt.

## 2.2 Anliegen und Massnahmen, die ohne FMG-Revision umgesetzt werden

Die Vernehmlassungsvorlage adressiert einige Themen, die auch nach Auffassung von Swisscom der Aufmerksamkeit bedürfen. Wie indes die Vergangenheit gezeigt hat, lassen sich diese Anliegen im Wettbewerb oder innerhalb der Branche mit Vereinbarungen und Verhaltensgrundsätzen zielgerichtet und effektiv angehen. Sie erfordern keine gesetzgeberischen Massnahmen.

Aktuell im Fokus stehen Anliegen des Konsumentenschutzes wie unerwünschte Werbeanrufe, Kinder- und Jugendschutz sowie die Transparenz bei der Datenübertragung (Netzneutralität). Gesetzgeberische Massnahmen sind in diesen Bereichen nicht nötig, da sich die bestehenden Branchenlösungen bewähren, oder sie sind angesichts der sich stets ändernden Marktgegebenheiten viel zu starr und daher ungeeignet, die tatsächlichen Probleme zu lösen. Weiter gibt es Probleme, welche sich letztlich nur auf technischer Ebene lösen lassen. Gibt es technische Lösungsansätze, welche unter geltendem Recht möglich sind, sollten diese ergriffen werden anstatt auf gesetzgeberische Massnahmen zu warten.

### 2.2.1 Unerwünschte Werbeanrufe (Art. 1 Abs. 2 lit. d VE-FMG, Art. 45a Abs. 1 VE-FMG sowie Art. 3 Abs. 1 lit. u und v VE-UWG)

Bei solchen Werbeanrufen handelt es sich um ein für die Konsumentinnen und Konsumenten, aber auch für die FDA lästiges Phänomen. Entsprechend gross ist das Bedürfnis, diese Problematik in den Griff zu bekommen. Am 14. September 2015 fand ein Runder Tisch zu diesem Thema statt. Teilnehmer waren Vertreterinnen und Vertreter der Konsumentenschutzorganisationen, der FDA, der Anbieter technischer Lösungen, des SECO und des BAKOM. Die konstruktiven Gespräche werden im Rahmen von Arbeitsgruppen weitergeführt.

Parallel dazu hat Swisscom selber weitere Abklärungen getätigt und ist zum Schluss gekommen, dass eine technische Lösung unter Einhaltung der geltenden Vorschriften möglich ist. Der Lösungsansatz besteht darin, dass Swisscom Netz- und Verkehrsanalysen auf ihrem Netz durchführt. Gestützt darauf lässt sich eine wirksame dynamische „black list“ erstellen, welche auch dem Spoofing-Problem Rechnung trägt. Dieses Vorgehen ist vergleichbar mit dem Erstellen und Unterhalten von E-Mail-Spamfiltern. Den Kunden wird demnächst ein Dienst offeriert, bei welchem Anrufe von „geblacklisteten“ Nummern nicht mehr durchgestellt werden. Natürlich bietet auch ein guter Filter keinen 100-prozentigen Schutz. Hier kann aber auf die durchaus vergleichbare Situation bei E-Mails verwiesen werden. Auch bei einem guten Spam-Filter findet ab und zu ein Spam-Mail den Weg zum Empfänger.

Das dargestellte Konzept kann ohne Änderung der Rechtsgrundlagen umgesetzt werden. Namentlich wird die fernmelderechtliche Interoperabilitätspflicht nicht verletzt, da Swisscom entsprechende Anrufe zu einem bestimmten Kunden nur dann nicht durchstellt, wenn dieser vorgängig den Filter-Dienst abonniert hat.

In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass die FDA bis zur Totalrevision der FDV im Jahr 2007 verpflichtet waren, den Kunden einen Dienst anzubieten, bei dessen Aktivierung eingehende Anrufe ohne Rufnummeranzeige netzseitig unterdrückt würden (Art. 61 Abs. 2 aFDV [AS 2001 2759]). Im Zusammenhang mit der Aufhebung dieser Bestimmung schrieb das UVEK im damaligen Erläuterungsbericht:

*Aus diesen Gründen ist es besser, diesen Absatz zu streichen und den Anbieterinnen von Fernmeldediensten zu überlassen, ob sie ihren Kunden diesen Dienst anbieten wollen. Absatz 2 (früher 3) wurde entsprechend angepasst<sup>53</sup>.*

Daraus wird klar, dass es bereits unter geltendem Fernmelderecht zulässig ist, den Kunden einen Dienst anzubieten, bei welchem - nach entsprechender Zustimmung des Kunden - gewisse vordefinierte Anrufe netzseitig unterdrückt werden. Ob es sich bei der definierten Anruferkategorie um Anrufe ohne Rufnummeranzeige oder um unerwünschte Werbeanrufe handelt, kann für die Frage der Interoperabilitätspflicht keine Rolle spielen.

Wie erwähnt laufen bereits Bestrebungen zu einer technischen Lösung und Swisscom ist zuversichtlich, eine solche in nächster Zeit implementieren zu können<sup>54</sup>. Für den Gesetzgeber besteht deshalb **kein Bedarf für die Erweiterung des Zweckartikels (Art. 1 Abs. 2 lit d VE-FMG) und die Änderung von Art. 45a FMG (Art. 45a Abs. 1 VE-FMG)**.

Skeptisch steht Swisscom auch den vorgesehenen Anpassungen im Bereich des Bundesgesetzes über den **unlauteren Wettbewerb** (UWG; SR 431) gegenüber. Dies aus folgenden Gründen:

Mit dem per 1. April 2012 in Kraft getretenen Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG wurde der rechtliche Schutz der im Verzeichnis mit Werbestern eingetragenen Kunden verbessert, indem die Nichtbeachtung des Werbesterns unter Strafe gestellt wurde. Leider nahmen in der Folge die unerwünschten Werbeanrufe aus verschiedenen Gründen nicht ab. Es ist absehbar, dass dasselbe passieren würde, wenn nun wie vorgeschlagen bloss der Schutzbereich der Bestimmung auf Endkunden ohne Verzeichniseintrag ausgedehnt würde. Mit der vorgeschlagenen Änderung von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG würde den Konsumentinnen und Konsumenten also bloss eine Verbesserung der Situation versprochen, welche aufgrund der bisherigen Erfahrungen kaum eintreten würde.

Auch der vorgeschlagene neue Art. 3 Abs. 1 lit v VE-UWG wird voraussichtlich wirkungslos bleiben. Daran halten würden sich nur diejenigen Callcenter, welche in der Schweiz ansässig und ohnehin gewillt sind, den bestehenden Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG zu befolgen. Hingegen würde die Bestimmung toter Buchstaben bleiben mit Bezug auf alle anderen Werbetreibenden, namentlich diejenigen, welche sich zur Zeit schon im Ausland befinden oder als Folge der neuen Bestimmung ins Ausland abwandern würden.

Zusammenfassend lehnt Swisscom die vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen ab, weil sie zur Lösung der Problematik nicht notwendig sind und in der Realität nicht die gewünschte Wirkung erzielen

---

<sup>53</sup> Vgl. dazu den Erläuternden Bericht des UVEK vom 29. Juni 2006, S. 27; abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00909/01505/01587/index.html?lang=de>.

<sup>54</sup> Produkte zur Filterung und Blockierung von unerwünschten Werbeanrufen werden im Markt von kleineren FDA bereits erfolgreich angeboten. Vgl. dazu unter <http://www.netplus.ch/en/telephonie/simple/the-shield-614v>.



würden. Unerwünschte Werbeanrufe lassen sich nur mit technischen Massnahmen eindämmen. Entsprechende Lösungsansätze bestehen bereits und dürften im Zeitpunkt des Inkrafttretens einer möglichen Gesetzesrevision längst umgesetzt sein.

### 2.2.2 Kinder- und Jugendschutz (Art. 46a VE-FMG)

Im Bereich des Kinder- und Jugendschutzes soll der Bundesrat gemäss Art. 46a Abs. 1 VE-FMG neu die Kompetenz erhalten, auf Verordnungsstufe Vorschriften zum Schutze von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren insbesondere des Internets zu erlassen. Als Beispiel wird eine Verpflichtung der Anbieterinnen von Internetzugängen zu einem Beratungsangebot für Eltern über Kinder- und Jugendschutzmöglichkeiten genannt. Weiter wird in Abs. 2 der Bestimmung statuiert, dass FDA auf Hinweis des Bundesamts für Polizei Informationen mit pornographischem Inhalt nach Art. 197 Abs. 4 und 5 des Strafgesetzbuches unterdrücken sollen.

Was den **Kinder- und Jugendschutz** anbelangt, ist Swisscom der Ansicht, dass dieses unbestrittene Anliegen angesichts der sich rasch ändernden Angebote und Möglichkeiten mit einer flexiblen Selbstregulierung wirksamer wahrgenommen wird als mit starren gesetzlichen Vorgaben. So haben unter dem Patronat des Schweizerischen Verbandes für Telekommunikation (asut) die vier grössten Schweizer Telekommunikationsanbieter bereits im Jahre 2008 eine Brancheninitiative für verbesserten Jugendmedienschutz in den Neuen Medien und zur Förderung der Medienkompetenz in der Gesellschaft lanciert.

Die entsprechende Brancheninitiative wurde inzwischen überarbeitet, um sie an die eingetretenen Entwicklungen anzupassen. Dabei wird insbesondere auch die im Bundesratsbericht betreffend Jugend und Medien vom Mai 2015 geäusserte Kritik zum Anlass genommen, die Kinder- und Jugendmedienschutzberatung an den Verkaufsstellen zu verbessern. So sollen den Erziehungsberechtigten bei Vertragsabschlüssen mit Jugendlichen entsprechende Informationen abgegeben werden. Diese sollen Angaben zu den verschiedenen Kinder- und Jugendschutzmassnahmen sowie Tipps und Tricks für die Medienerziehung im Familienalltag enthalten. Zu den Kinder- und Jugendschutzmassnahmen zählen überdies die Bereitstellung kostenloser Informationen zur Förderung der Medienkompetenz von Jugendlichen, Eltern, Erziehenden und Lehrpersonen sowie die Benennung von Jugendmedienschutzbeauftragten, welche die Umsetzung von Massnahmen begleiten und den Kunden für Anfragen und Auskünfte zur Verfügung stehen. Gemäss der Vereinbarung evaluieren die unterzeichnenden Unternehmen zudem die am Markt erhältlichen Kinder- und Jugendschutzfilter und stellen die entsprechenden Informationen den Kunden zur Verfügung. Diejenigen unterzeichnenden Unternehmen, die auch als Internet Service Provider auftreten, bieten ihren Kunden wirksame Internetfilter (namentlich Kinderschutz-Software) an und geben Empfehlungen zu den technischen Möglichkeiten ab.

Im Ergebnis beinhaltet die revidierte Brancheninitiative zahlreiche Massnahmen, welche die geplante Verankerung von gesetzlichen Regelungen zum Kinder- und Jugendschutz vorwegnehmen und in Form einer umfassenden Selbstregulierung erfüllen. Die überarbeitete Brancheninitiative ist inzwischen weitgehend finalisiert und wird in den nächsten Wochen verabschiedet und in Kraft gesetzt. Das Bundesamt für Sozialversicherung wurde von der asut entsprechend informiert. Auch wenn die vier grössten Schweizer Telekommunikationsunternehmen mit ihren Kinder- und Jugendschutzmassnahmen bereits eine erhebliche Wirkung erzielen, sind Bestrebungen im Gang, die Trägerschaft der Brancheninitiative auf weitere Internet Service Provider und FDA auszubauen.

Die Unterzeichner der Brancheninitiative pflegen zum Thema Jugendmedienschutz sodann einen regelmässigen Dialog mit den Behörden, spezialisierten Anspruchsgruppen und Verbänden. Die Initianten



haben sich in diesem Zusammenhang verpflichtet, die Brancheninitiative einer regelmässigen Umsetzungskontrolle zu unterziehen, sie in geeigneter Weise weiterzuentwickeln sowie extern evaluieren zu lassen.

Abgesehen von diesen in der Brancheninitiative festgelegten Massnahmen hat Swisscom zahlreiche eigene Massnahmen im Bereich des Jugendmedienschutzes getroffen. Dazu gehören beispielsweise technische Kinderschutzfunktionen, mit denen das Video-on-Demand Angebot mittels PIN beschränkt und eine Kostenlimite festgelegt werden kann, sowie die an Schweizer Schulen regelmässig durchgeführten Medienkurse. Allein im Jahre 2015 führte Swisscom Schulungen für über 20'000 Schülerinnen und Schüler zum Thema Medienkompetenz durch. Swisscom schult überdies regelmässig ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an den Verkaufs- und Beratungsstellen (Call Center und Shops) zum Thema Jugendmedienschutz.

Swisscom ist überzeugt, dass die erwähnten **Selbstregulierungsmassnahmen**, die sich flexibel an weitere Entwicklungen anpassen lassen, einen **wirksameren Beitrag zur Etablierung einer selbstverantwortlichen Informationsgesellschaft** leisten können **als starre gesetzliche Vorgaben**.

Bezüglich der geplanten **Verpflichtung zur Sperrung von Internetseiten** mit strafrechtsrelevanten pornographischen Inhalten gemäss Art. 46a Abs. 2 VE-FMG kann festgehalten werden, dass entsprechende Sperrungen bereits seit vielen Jahren anstandslos vorgenommen werden. Der Zugang zu Pornographie gemäss den beim Bundesamt für Polizei von der Nationalen Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (KOBİK) geführten Listen wird seit Jahren von den FDA auftragsgemäss gesperrt. Die entsprechende Sperrverpflichtung ist denn auch bereits seit 2008 Bestandteil der oben erwähnten Brancheninitiative für Jugendmedienschutz. Die Zusammenarbeit mit der KOBİK funktioniert sehr gut. Vor diesem Hintergrund ist auch in diesem Bereich **kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf** gegeben.

### 2.2.3 Förderung der Transparenz des Datenverkehrs („Netzneutralität“; Art. 12a VE-FMG)

Das UVEK möchte die heute in Art. 12a FMG vorgesehenen Informationspflichten der FDA ausdehnen. Neu sollen die FDA gemäss Art. 12 a Abs. 2 VE-FMG öffentlich darüber informieren, wenn sie Informationen bei der Übertragung technisch oder wirtschaftlich unterschiedlich behandeln (Informationen zur Netzneutralität).

Zusätzlich sind gestützt auf Art. 12a Abs. 3 VE-FMG auch Statistiken vorgesehen, welche insbesondere über die von den FDA beworbenen und tatsächlich zur Verfügung stehenden Bandbreiten Auskunft geben sollen<sup>55</sup>. Begründet werden diese neuen Pflichten im Bereich der Qualität der von den FDA angebotenen Fernmeldedienste, mit angeblich unzureichenden Informationen für Kundinnen und Kunden. Nur mit zusätzlichen Informationen könnten diese eine bewusste Wahl treffen.

Von einer weitergehenden Regelung im Bereich der Netzneutralität will das UVEK vorerst absehen.

Swisscom begrüsst, dass das UVEK keine weitergehenden Regeln zur **Netzneutralität** vorschlägt und damit wie bereits der Bundesrat im Fernmeldebericht 2014 bestätigt, dass es in der Schweiz keine Anhaltspunkte gibt, welche solche Regeln erfordern würden. Swisscom ist überzeugt, dass der Wettbewerb zwischen den FDA weiterhin für ein offenes Internet und für Innovationen sorgen wird. Eine FDA,

---

<sup>55</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 19 f. und 48 ff.

welche bestimmte Dienste blockieren oder behindern würde, hätte angesichts der Wettbewerbssituation und der Ausweichmöglichkeiten Kundenabwanderungen zu anderen FDA, welche keine solchen Massnahmen kennen, zu gewärtigen. Die Erfolgsgeschichte des Internets wurde denn auch in einer von staatlichen Markteingriffen freien Umgebung geschrieben. Der Wettbewerb der Infrastrukturen (Netze), der Betriebssysteme (Android, iOS, Microsoft, Linux etc.), der Gerätehersteller (Samsung, HP, Acer, Dell, Apple etc.), der Dienste- und Inhaltsanbieter (Google, Yahoo, Microsoft, Facebook, Amazon etc.) und vieler anderer hat das Internet zu dem gemacht, was es heute ist. Dieser Wettbewerb wird auch weiterhin dafür sorgen, dass das Internet für alle offen und damit ein Platz für neue Geschäftsmodelle, neue Technologien und neue Produkte bleibt.

Zudem haben die grossen Netzbetreiber der Schweiz – upc cablecom, Sunrise, Salt und Swisscom - und der Verband Suissedigital im November 2014 eine Branchenvereinbarung zur Netzneutralität abgeschlossen und im März 2016 präzisiert (vgl. Pressemitteilung vom 17. März 2016<sup>56</sup>). Darin stehen sie sowie neu auch der Branchenverband asut für ein offenes Internet ein. In der Vereinbarung versprechen die Netzbetreiber, dass die Nutzer Inhalte, Dienste, Anwendungen, Hard- und Software nach ihrer Wahl benützen können, keine Dienste oder Anwendungen gesperrt oder anderswie behindert werden und auch die Informations- und Meinungsäusserungsfreiheit nicht eingeschränkt wird. Bei einer mutmasslichen Verletzung des Verhaltenskodex durch eine FDA können die Nutzer eine Schlichtungsstelle anrufen, der unabhängige Experten angehören<sup>57</sup>. In diesen Verhaltensrichtlinien versprechen die grossen Netzbetreiber auch, dass sie über angewendete Verkehrsmanagementmassnahmen informieren werden. Damit wollen sie auf freiwilliger Basis genau jene Informationen öffentlich zugänglich machen, zu welchen sie das UVEK mit der Bestimmung in Art. 12a Abs. 2 VE-FMG verpflichten will<sup>58</sup>. Die FDA werden dieses Anliegen des UVEK daher erfüllen und sich zu dessen geeigneter Umsetzung mit dem BAKOM abstimmen. Die Schaffung einer Bestimmung im FMG ist daher unnötig<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Vgl. <https://www.swisscom.ch/de/about/medien/press-releases/2016/03/20160317-MM-Schweizer-ICT-Unternehmen.html>

<sup>57</sup> Vgl. dazu [www.s-nn.ch](http://www.s-nn.ch).

<sup>58</sup> Auf S. 48 des Erläuterungsberichts listet das UVEK einige Verkehrsmanagementmassnahmen auf und spricht dabei etwas abwertend von Diskriminierungen. In den allermeisten Fällen handelt es sich indes um eine für Kundinnen und Kunden vorteilhafte differenzierte Behandlung von Datenströmen. So sind Dienste wie IP-Telefonie (VoIP), IP TV (insbesondere Live-TV), Videotelefonie und Online-gaming zeitkritisch, d.h. eine Verzögerung der Datenauslieferung am Zielort wirkt sich stark qualitätsmindernd aus, so dass der Dienst unter Umständen unbrauchbar wird. Sollen somit gegenüber dem Kunden abgegebene Qualitätsgarantien, welche er wünscht und bezahlt, eingehalten werden, sind solche Massnahmen notwendig. Auch zero rating, fair use policies oder die Verlangsamung von Peer-to-Peer Protokollen können durchaus ihre Berechtigung haben, wobei das zero rating gemäss den Regeln in der EU und in den USA ausdrücklich erlaubt ist.

<sup>59</sup> Auf S. 19 f. des Erläuterungsbericht meint das UVEK, dass Kundinnen und Kunden durch das Bevorzugen oder Blockieren von bestimmten Diensten nicht mehr frei seien, selbst zu wählen, welche Dienste und Inhalte sie über den Internetzugang nutzen wollen. Zum einen versprechen die grossen FDA der Schweiz in den erwähnten Verhaltensrichtlinien, dass sie keine Internetdienste und –anwendungen sperren oder anderswie behindern werden. Zum anderen ist das vom UVEK angeführte Beispiel „Free“ irreführend:

Gemäss der Darstellung des UVEK war die Interkonnektionskapazität zwischen Google (Youtube) und der Internetzugangsanbieterin Free ungenügend. Damit wird der Eindruck erweckt, Free hätte einen bestimmten Internetdienst blockiert oder behindert. Das UVEK vergisst indes zu erwähnen, dass dieses Verhalten Gegenstand eines Verfahrens in Frankreich war, an dessen Ende sich alle Vorwürfe gegen Free als unbegründet erwiesen haben:

*La congestion constatée aux heures de pointe affecte l'ensemble du trafic internet acheminé en transit depuis et vers le réseau de Free, sans distinction de nature, d'origine ou de destination. Elle ne remet pas en cause la règle générale de partage équitable des ressources de capacité et de connectivité du réseau de l'opérateur entre les flux résultant du service d'accès à l'internet, acheminés à travers les liens de transit. Le dimensionnement par Free de ces liens n'apparaît pas discriminatoire à l'égard de Google ou d'un autre FSCPL, ou d'une catégorie de service ou de contenu." (Décision n° 2013-0987 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et*

Anzufügen ist hier, dass auch bei vollständiger Information über die getroffenen Verkehrsmanagementmassnahmen den Kundinnen und Kunden nicht in jedem Fall ersichtlich wird, weshalb ein bestimmter Dienst oder eine Anwendung nicht oder nur schlecht funktioniert. Denn ist das Problem nicht im Netz ihres Internetanbieters zu suchen, sondern in einem anderen, vorgelagerten Netz, kann der Internetanbieter keine Auskunft geben, weil er keine Informationen über diese Netze besitzt.

Im Bereich der Informationspflichten betreffend der **Qualität der angebotenen Fernmeldedienste** (Art. 12a Abs. 3 VE-FMG), führt das UVEK im Erläuterungsbericht aus, dass die Kundinnen und Kunden über die tatsächliche Bandbreite ihres Internetanschlusses ungenügend informiert seien<sup>60</sup>. Zwar ist es richtig, dass es in der Schweiz keine Statistiken über die von den FDA tatsächlich angebotenen Bandbreiten gibt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Kundinnen und Kunden getäuscht würden oder unwissend wären. Wie der Bundesrat im Fernmeldebericht 2014 festhält, zeichnet sich der Schweizer Markt vielmehr durch Fairplay aus:

*Die auf dem Schweizer Markt tätigen Akteure zeichnen sich durch Fairplay aus. Die Berechnung des Verhältnisses zwischen der tatsächlich für die Benutzerinnen und Benutzer feststellbaren und der angebotenen Übertragungsrate bestätigt diese Feststellung. Mit fast 98 % Übereinstimmung liegt die Schweiz hier unter den drei führenden OECD-Ländern<sup>61</sup>.*

Wie im Erläuterungsbericht festgehalten wird, bieten die grossen FDA ihren bestehenden Kundinnen und Kunden zudem an, die Bandbreite zu messen<sup>62</sup>. Es besteht somit kein Anlass, auf regulatorischem Weg aufwendige Statistiken einzuführen, welche bloss zeigen, was die FDA bereits mit viel Aufwand bewerben. Würden die tatsächlichen Bandbreiten stark von den beworbenen Bandbreiten abweichen, würde sich dies in Internetforen und spezialisierten Medien rasch herumsprechen und zum Nachteil der fehlbaren FDA auswirken. Zudem fragt sich, ob solche Statistiken den Kundinnen und Kunden tatsächlich von Nutzen sein würden, sind die erzielbaren Bandbreiten doch bei jedem Hausanschluss unterschiedlich. Statistiken zeigen bloss Durchschnitts- und Medianwerte sowie Varianzen und helfen daher dem einzelnen Kunden bei seiner Anbieterauswahl nicht weiter. Solche Statistiken dürften daher ausser Kosten in Form administrativen Aufwands keinen Nutzen generieren.

Abgesehen davon gibt bereits der bestehende Art. 12a Abs. 2 FMG dem Bundesrat die Kompetenz, Qualitätsinformationspflichten auf Verordnungsstufe zu erlassen<sup>63</sup>. Es ist daher auch aus diesem Grund nicht notwendig, die Gesetzesbestimmung anzupassen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das vom UVEK vorgebrachte Informationsdefizit nicht besteht und zusätzliche Gesetzesbestimmungen somit nicht angezeigt sind.

---

des postes en date du 16 juillet 2013 clôturant l'enquête administrative ouverte en application de l'article L 32-4 du code des postes et des communications électroniques, relative aux conditions techniques et financières de l'acheminement du trafic entre diverses sociétés, S. 5 ; [http://www.arcep.fr/fileadmin/uploads/tx\\_gsavis/13-0987.pdf](http://www.arcep.fr/fileadmin/uploads/tx_gsavis/13-0987.pdf), Februar 2016).

<sup>60</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 19 f.

<sup>61</sup> Vgl. dazu den Fernmeldebericht 2014, S. 14.

<sup>62</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 19 f.

<sup>63</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 49.

## 2.3 Änderungen von materiell untergeordneter Bedeutung sowie formelle und redaktionelle Anpassungen

Der Revisionsvorschlag enthält zahlreiche Anpassungen von materiell untergeordneter Bedeutung (vgl. nachfolgend Ziff. 2.3.1 dieser Stellungnahme). Diese Anpassungen lassen sich bei genauerer Betrachtung sachlich kaum rechtfertigen oder sind nicht notwendig, da die darin adressierten Anliegen bereits gestützt auf das heutige FMG über eine Verordnungsrevision angegangen werden könnten.

Fast die Hälfte der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen ist sodann primär formeller und redaktioneller Natur (vgl. nachfolgend Ziff. 2.3.2 dieser Stellungnahme). Dazu zählen beispielsweise der Ersatz der Begriffe „Departement“ und „Bundesamt“ durch „UVEK“ und „BAKOM“ oder die Verlagerung technischer Einzelheiten aus den einschlägigen Verordnungen auf Gesetzesstufe. Diese Anpassungen erscheinen mehrheitlich nachvollziehbar, ihnen kommt aber keine relevante materielle Bedeutung zu. Im Ergebnis sind diese Änderungen klar zu unbedeutend, um eine Gesetzesrevision rechtfertigen zu können.

### 2.3.1 Änderungen von materiell untergeordneter Bedeutung

#### 2.3.1.1 Definition FDA und Meldepflicht (Art. 3 ff. VE-FMG)

Keine materiellen Änderungen sind im Bereich der Definitionen und Begrifflichkeiten vorgesehen. Dies ist zu begrüßen. Wie das UVEK im Erläuterungsbericht richtigerweise ausführt, hat sich insbesondere die bestehende Definition des Fernmeldedienstes bewährt<sup>64</sup>.

Angepasst werden soll demgegenüber das heutige System der **Meldepflicht**. Gemäss den geltenden Vorgaben müssen sich die FDA beim BAKOM anmelden, bevor sie ihre Tätigkeit aufnehmen. Insbesondere für Fernmeldedienste von geringerer technischer und wirtschaftlicher Bedeutung kann der Bundesrat gemäss Art. 4 Abs. 2 FMG jedoch Ausnahmen von dieser Meldepflicht vorsehen. Gemäss dem Vorschlag des UVEK soll die geltende Meldepflicht mit Ausnahmemöglichkeit ersetzt werden durch eine **allgemeine Registrierungspflicht** für *sämtliche* FDA, welche schweizerische Adressierungselemente (u.a. Telefonnummern) nutzen. Die FDA, welche reine Internetdienste (sog. OTT [Over-the-Top]-Dienste) anbieten, müssten sich demgegenüber ausnahmslos nicht mehr registrieren lassen. Begründet wird diese Systemanpassung primär damit, dass die Meldepflicht aufgrund der sehr hohen Zunahme von OTT-Anbietern kaum oder nur noch mit verhältnismässig hohem Aufwand durchgesetzt werden könne<sup>65</sup>.

Eine Beschränkung der Meldepflicht erscheint Swisscom grundsätzlich gerechtfertigt. Eine Gesetzesrevision ist hierfür jedoch nicht notwendig. Vielmehr kann bereits heute gestützt auf Art. 4 Abs. 2 FMG die Meldepflicht ohne weiteres auf FDA von einer gewissen Bedeutung beschränkt werden. Eine Ausweitung der bereits bestehenden Ausnahmeregelung (Art. 3 FDV) nach wirtschaftlichen Kriterien war denn auch erst kürzlich Gegenstand eines Verordnungsrevisionsvorhabens. Darin hatte das BAKOM vorgeschlagen,

---

<sup>64</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 23.

<sup>65</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 6.

FDA, deren Jahresumsatz weniger als 500'000 CHF beträgt, von der Meldepflicht auszunehmen<sup>66</sup>. Weshalb dieser Vorschlag vom Bundesrat letztlich nicht gutgeheissen wurde, ist Swisscom nicht bekannt.

Die nun vorgeschlagene Systemänderung lehnt Swisscom demgegenüber ab. Sie würde zu einer einseitigen Entlastung der reinen Internetdienstanbieter auf Kosten der herkömmlichen FDA führen, welche Schweizer Adressierungselemente nutzen. Diese meist lokal tätigen FDA müssten sich neu ausnahmslos registrieren lassen und wären gemäss Art. 38 Abs. 1 VE-FMG neu auch alleine verpflichtet, für allfällige ungedeckten Kosten der Grundversorgung aufzukommen. Weiter müssten sie damit rechnen, dass sich die behördliche Aufsichtstätigkeit praktisch ausschliesslich auf sie konzentrieren würde. Das UVEK spricht in diesem Zusammenhang von einer „aktiven Aufsicht (Überwachungskampagnen) ohne Einschränkung“. Nicht registrierte OTT-Anbieter müssten demgegenüber nur noch mit einer passiven und beschränkten Aufsicht rechnen<sup>67</sup>. In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass der Aufwand auf Seiten der Behörden mit dem Systemwechsel offenbar auch nicht geringer würde. Im Erläuterungsbericht heisst es dazu:

*Mit dieser Massnahme kann der Bund die Ressourcen sparen, die er für die administrative Verwaltung einer immer grösser werdenden Anzahl FDA aufwenden müsste und kann diese für eine aktivere Überwachung des Fernmeldemarktes einsetzen. Deshalb handelt es sich nicht um eine administrative Entlastung im eigentlichen Sinne, sondern es geht eher darum, einen zusätzlichen Verwaltungsaufwand zu vermeiden und die Ressourcen für andere Aufgaben einzusetzen.<sup>68</sup>*

Wie dargelegt könnte der vom UVEK angesprochene Verwaltungsaufwand auch mit einer einfachen Ausweitung der bestehenden Ausnahmen von der Meldepflicht auf Verordnungsstufe reduziert werden.

Der vorgeschlagene Systemwechsel widerspricht offensichtlich auch dem vom Bundesrat definierten Ziel, bestehende Ungleichheiten zwischen den traditionellen, vornehmlich in der Schweiz ansässigen FDA und den Anbietern von reinen Internetdiensten auszugleichen. Der Bundesrat führte im Fernmeldebericht 2014 unter dem Titel „Definition FDA und Meldepflicht“ dazu Folgendes aus:

*Es geht darum, möglichst gleich lange Spiesse für all jene Akteure zu schaffen, welche für ihre wirtschaftliche Tätigkeit die Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation nutzen und aktiv zur Verbreitung von Informationen im Netz beitragen.<sup>69</sup>*

Wie erwähnt würden mit einem Systemwechsel bestehende Ungleichheiten nicht etwa ausgeglichen, sondern vielmehr weiter ausgebaut. Vom Systemwechsel profitieren würden einzig die sogenannten OTT-Anbieter. So würden mit den vorgeschlagenen neuen Regulierungsinstrumenten fast ausschliesslich die traditionellen, vornehmlich in der Schweiz ansässigen FDA in die Pflicht genommen. Dies gilt

---

<sup>66</sup> Vgl. dazu den FDV-Revisionsvorschlag vom 13. Februar 2014, abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00909/04636/index.html?lang=de>.

<sup>67</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 46.

<sup>68</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 89.

<sup>69</sup> Vgl. dazu den Fernmeldebericht, S. 63.

insbesondere für die Markteingriffe (vgl. dazu Ziff. 2.1 dieser Stellungnahme) und die Konsumentenschutzmassnahmen (vgl. dazu Ziffer 2.2 dieser Stellungnahme). Die eher global tätigen Anbieter von reinen Internetdiensten wären von diesen Vorschriften und Auflagen demgegenüber kaum betroffen.

Swisscom ist sich bewusst, dass fernmelderechtliche Auflagen nur beschränkt auf vornehmlich international tätige OTT-Anbieter angewandt werden können. Nicht zuletzt auch aus diesem Grunde, erscheint es angezeigt, von zusätzlichen Regulierungsaufgaben für die traditionellen, in der Schweiz tätigen FDA möglichst abzusehen und zumindest den Status Quo beizubehalten. Nur so kann das Längenverhältnis der Spiesse für die verschiedenen Marktakteure in einem vertretbaren Rahmen gehalten werden.

### 2.3.1.2 Notrufdienste (Art. 20 VE-FMG)

Gemäss Art. 20 Abs. 4 VE-FMG soll der Bundesrat die Pflicht zur Erbringung des Notrufdienstes vom bereits regulierten öffentlichen Telefondienst auf (mögliche) weitere Dienste ausdehnen können. Begründet wird diese Möglichkeit in erster Linie damit, dass neue Dienste auf Kosten des öffentlichen Telefondienstes zunehmend an Bedeutung gewonnen hätten<sup>70</sup>. Auf welche Dienste sich eine mögliche Ausdehnung der Notrufvorschriften erstrecken soll, wird im Erläuterungsbericht nicht weiter ausgeführt.

Nach Ansicht von Swisscom handelt es sich bei der vorgeschlagenen Anpassung um eine klassische Regulierung auf Vorrat, die weder notwendig noch gerechtfertigt ist. Die Regulierung ist nicht notwendig, weil der Zugang zum öffentlichen Telefondienst nach wie vor flächendeckend sämtlichen Bevölkerungskreisen zur Verfügung steht. Nutzerinnen und Nutzer mögen heute vermehrt andere Dienste wie SMS oder Smartphone-Apps nutzen, gleichwohl steht ihnen auf den entsprechenden Endgeräten nach wie vor und jederzeit auch der öffentliche Telefondienst zur Verfügung, mit welchem sie einen Notruf absetzen können. Der öffentliche Telefondienst wird weiterhin das klar zuverlässigste Hilfsmittel bei einem Notruf und dessen Lokalisierung bleiben.

Wie im Erläuterungsbericht ausgeführt wird, wurden in den letzten Jahren zusätzliche Dienste und Angebote entwickelt, welche sich – nebst dem öffentlichen Telefondienst – zur Absetzung von Notrufen eignen. Zu nennen ist an dieser Stelle die Rega-App welche schon über 900'000 mal installiert wurde<sup>71</sup>. Diese Angebote haben sich im Wettbewerb entwickelt und alle Bevölkerungsgruppen können bei Bedarf davon profitieren. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich im Bereich dieser weiteren Dienste vorsorgliche gesetzgeberische Massnahmen aufdrängen. Vielmehr dürfte eine drohende Regulierung eine innovationshemmende Wirkung auf die Entwicklung solcher (Zusatz-)Angebote zeitigen. Droht eine Regulierung, allenfalls verbunden mit einer kostenlosen Angebotspflicht, werden die Investitionen in diesem Bereich zwangsläufig abnehmen.

Auch die übrigen in Art. 20 VE-FMG vorgeschlagenen Anpassungen vermögen eine Gesetzesanpassung nicht zu rechtfertigen. Es handelt sich hierbei weitgehend um redaktionelle Anpassungen oder um Verlagerungen von Verordnungsbestimmungen auf Gesetzesstufe. Im Ergebnis drängt sich eine Anpassung des geltenden Art. 20 FMG somit nicht auf.

---

<sup>70</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S.12.

<sup>71</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 12.

### 2.3.1.3 Verzeichnisse (Art. 12d, Art. 21 und Art. 21a VE-FMG)

Im Bereich der Verzeichnisdienste erscheint unklar, was genau mit den vorgeschlagenen Gesetzanpassungen bezweckt werden soll und mit welchen Auswirkungen die betroffenen FDA zu rechnen hätten. Im Erläuterungsbericht wird von *gewissen* Defiziten im Bereich der Transparenz gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten bezüglich regulierten und kommerziellen Verzeichnisdienstleistungen gesprochen, ohne jedoch darzulegen, wo und in welchem Ausmass sich ein derartiges Defizit im Markt manifestiert haben soll<sup>72</sup>. Swisscom sind jedenfalls keine diesbezüglichen Beschwerden bekannt.

Während im Vorspann zu den Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln von wenig restriktiven Transparenzmassnahmen mit geringen *Kostenfolgen* für die betreffenden FDA die Rede ist<sup>73</sup>, könnte aus dem Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmungen geschlossen werden, dass unter diesem Titel womöglich nicht unerhebliche Markteingriffe erfolgen sollen. So müssten gemäss Art. 21 Abs. 2 VE-FMG die FDA den Anbieterinnen von Verzeichnisdiensten neu beispielsweise den Zugang zu sämtlichen (potentiellen) Verzeichnisdaten gewähren. Eine solche Herausgabepflicht besteht heute einzig für die regulierten Mindestangaben (Art. 21 Abs. 2 FMG). Inwiefern mit einer solchen Regulierung zugunsten der Anbieterinnen von Verzeichnisdiensten die Transparenz gegenüber den Konsumentinnen und Konsumenten verstärkt werden soll, ist nicht ersichtlich.

Nach Ansicht von Swisscom hat sich das heutige System im Bereich der Verzeichnisdienste bewährt. Die bestehenden Bestimmungen sind – grösstenteils in Verordnungen - stufengerecht festgehalten und über ihre Auslegung besteht weitgehend Klarheit. Verbesserungsmassnahmen können bei Bedarf mittels einer Ordnungsrevision angegangen werden. Auf Gesetzesstufe besteht hingegen kein ausgewiesener Handlungsbedarf, zudem ist die materielle Tragweite der vorgeschlagenen Änderungen unklar. Sollten seitens des UVEK grundlegende Systemänderungen oder neue Markteingriffe geplant sein, so hätten diese Massnahmen im Vernehmlassungsverfahren transparent ausgewiesen und eingehend begründet werden müssen.

### 2.3.1.4 Nutzung des Funkfrequenzspektrums (Art. 22 VE-FMG)

Ebenfalls angepasst werden soll das System zur Nutzung des Funkfrequenzspektrums. Wer heute das knappe Funkfrequenzspektrum nutzen will, benötigt gemäss Art. 22 Abs. 1 FMG grundsätzlich eine Funkkonzession. Darin werden die Rahmenbedingungen für die Nutzung der Frequenzen geregelt. Mit detaillierten Konzessionsvorschriften können insbesondere Risiken bezüglich gegenseitiger Störungen von Frequenznutzern minimiert werden. Ausserdem kann die zuständige Behörde im Falle einer Störung gezielte Massnahmen treffen, da dank dem Konzessionssystem bekannt ist, welche Akteure das Funkfrequenzspektrum nutzen. Keine Konzession benötigen Armee und Zivilschutz für die Benutzung

---

<sup>72</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S 14.

<sup>73</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 15 und 27.





des ihnen zugewiesenen Frequenzspektrums. Ausnahmen von der Konzessionspflicht kann der Bundesrat weiter für Frequenznutzungen von geringer technischer Bedeutung vorsehen (Art. 22 Abs. 3 FMG).

Neu soll dieser Grundsatz umgekehrt werden, d.h. eine Konzession zur Nutzung von Frequenzen soll die Ausnahme bilden. Mit dieser Änderung soll die Fernmeldegesetzgebung der seit 2002 geltenden EU-Regulierung angeglichen werden. Nach Auffassung von Swisscom beinhaltet ein solcher Paradigmenwechsel mehr Risiken als Vorteile. Es ist fraglich, ob mit diesem Wechsel die Entscheide der Behörden transparenter und nachvollziehbarer werden. Ist der vorgeschlagene Paradigmenwechsel erst einmal eingeführt, kann er nicht mehr rückgängig gemacht werden, da in vielen Fällen keine Informationen mehr vorhanden sein werden, welche Akteure das Funkfrequenzspektrum überhaupt nutzen. Der Systemwechsel würde auch nicht den Aufwand der Verwaltung reduzieren. Wie aus dem Erläuterungsbericht unmissverständlich hervorgeht, müssten die vorhandenen Ressourcen für eine verstärkte Marktaufsicht und eine aktivere Überwachung des Funkverkehrs eingesetzt werden<sup>74</sup>. Es ist damit zu rechnen, dass der Verwaltungsaufwand sogar noch steigen würde.

Im Ergebnis ist die Notwendigkeit eines Paradigmenwechsels nicht ausgewiesen. Das bisherige System hat sich vielmehr bewährt. Es ist stabil und garantiert eine weitgehend reibungslose Nutzung des Funkfrequenzspektrums. Für Frequenznutzungen von geringer technischer Bedeutung kann der Bundesrat ausserdem bereits nach geltendem Recht Ausnahmen von der Konzessionspflicht vorsehen.

#### 2.3.1.5 Netzkooperationen (Art. 24d Abs. 5 VE-FMG) und Frequenzhandel (Art. 24d Abs. 1 bis 4 VE-FMG)

Gemäss Art. 24d Abs. 5 VE-FMG sollen **Netzkooperationen** in Zukunft grundsätzlich zulässig sein. Das geltende FMG erlaubt solche Kooperationen bis zu einem gewissen Grad bereits heute (unzulässig ist jedoch z.B. das Frequenzsharing).

Die Zurückhaltung in der Bewilligung von Netzkooperationen wurde bisher stets mit dem Hinweis auf den Zweckartikel des FMG (Art. 1 FMG) und den vom Gesetzgeber gewünschten Infrastrukturwettbewerb begründet, welcher in den Bestimmungen zu den Mobilfunkkonzessionen abgebildet ist<sup>75</sup>. Dass diese Begründung nach wie vor ihre Gültigkeit hat, zeigt auch ein Blick über die Grenzen: So hat der französische Regulator ARCEP in einem im Januar 2016 veröffentlichten Dokument die Problematik des Network Sharing unter den französischen Mobilfunkanbietern aufgegriffen und kritisiert, dass diese Form der Netzkooperationen Anreize für Investitionen und Innovationen sowie den effektiven Wettbewerb unter den Anbietern signifikant reduziert<sup>76</sup>.

Es gibt zudem keine Garantie dafür, dass die mit Netzkooperationen allenfalls erreichten Kosteneinsparungen den Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten in der Form von Preissenkungen oder bes-

---

<sup>74</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 89.

<sup>75</sup> Vgl. dazu den Fernmeldebericht 2014, S. 37.

<sup>76</sup> Vgl. dazu den Bericht der der ARCEP vom Januar 2016, S. 50; abrufbar unter [http://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gspublication/consult-partage-reseaux-mobiles-janv2016.pdf](http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consult-partage-reseaux-mobiles-janv2016.pdf).



seren Netzen weitergegeben würden. So oder anders müssen für die Entwicklung des Schweizer Mobilfunkmarktes die erwähnten Erfahrungen in Frankreich aber besonders ernst genommen werden: Da der Infrastrukturwettbewerb gemäss Fernmeldebericht 2014 die treibende Kraft für die Marktentwicklung ist, sollte im Hinblick auf den für die Digitalisierung der Wirtschaft ausschlaggebenden 5G-Ausbau eine regulatorische Schwächung dieses Wettbewerbs vermieden werden.

Swisscom hat im Jahr 2012 unter den geltenden Rahmenbedingungen für rund CHF 360 Mio. die Nutzung von Frequenzen teuer erworben. Es scheint daher nicht gerechtfertigt, die diesbezüglichen Regeln noch während des „Spiels“, d.h. vor Ablauf der Konzessionsdauer, zu ändern. Im Rahmen der Auktion wurden die Frequenzen nach strengen Vorgaben und in Abwägung möglicher gegenseitiger Störungen auf die Bieter verteilt. Eine Änderung dieser Regeln im Nachhinein hätte nicht zuletzt auch negative Auswirkungen auf künftige Auktionen.

Diese Bedenken gelten letztlich auch gegenüber dem Vorschlag für eine einfachere Übertragung von Frequenzrechten zur **Förderung des Frequenzhandels**. Er würde das Risiko von Funkstörungen und Inkompatibilitäten erhöhen und dürfte zu Lasten einer effizienten Frequenzökonomie gehen. So könnte der erleichterte Frequenzhandel insbesondere zu einer unerwünschten Fragmentierung des Frequenzspektrums führen.

Aus diesen Gründen lehnt Swisscom diese Revisionsvorschläge ab.

### 2.3.1.6 Sicherheit (Art. 48a VE-FMG)

Die heute geltenden investitionsfreundlichen fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen haben in der Schweiz zu sehr leistungsfähigen, stets verfügbaren und sicheren Fernmeldeinfrastrukturen- und diensten geführt. Eine hohe Sicherheit und Verfügbarkeit von Netzen und Diensten bildet für die Marktakteure mitunter auch einen zentralen Faktor, um im Wettbewerb bestehen zu können. Zudem funktioniert die in diesem Bereich etablierte Zusammenarbeit zwischen den Behörden und der Wirtschaft sehr gut.

Vor diesem Hintergrund war es bisher nicht nötig, den heute bestehenden gesetzlichen Regulierungsspielraum auszunützen und Vorschriften im Bereich der Verfügbarkeit, des Betriebs oder der Sicherheit zu erlassen. Nach Ansicht von Swisscom dürfte sich daran auch in Zukunft nichts ändern.

Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf fehlt somit. Wenn nötig kann der Bundesrat bereits gestützt auf den geltenden Art. 48a FMG technische und administrative Vorschriften erlassen, um den Sicherheitsinteressen in der Telekommunikation Rechnung zu tragen<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Vgl. dazu BBl 2003 7988.

### 2.3.2 Formelle und redaktionelle Anpassungen

Die mit der Revisionsvorlage vorgeschlagenen formellen und redaktionellen Anpassungen des FMG sind nachfolgender Tabelle zu entnehmen.

<i>Vorgeschlagene Anpassungen</i>	<i>Bemerkungen</i>
Ersatz von Ausdrücken (Ingress VE-FMG)	Keine materielle Änderung; nur redaktionell
Definitionen zum FMG (Art. 3 VE-FMG)	Keine materielle Änderung; Ergänzung mit Inhalt von FDV sowie Präzisierung gemäss geltender Praxis
Mehrwertdienste (Art. 12b VE-FMG)	Keine materielle Änderung; nur redaktionell
Anschlussperre (Art. 12b <sup>bis</sup> VE-FMG)	Keine materielle Änderung; Ergänzung mit Inhalt von FDV
Interoperabilität (Art. 21b VE-FMG)	Keine materielle Änderung; redaktionelle Anpassung an Revisionsvorlage
Verwaltung von Adressierungselementen (Art. 28 f. VE-FMG)	Kaum materielle Änderungen; redaktionell, Ergänzung mit Inhalt von AEFV (Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich; SR 784.104) sowie technologiebedingte Streichung von Carrier Selection Regulierung
Internet Domains (Art. 28b VE-FMG)	Kaum materielle Änderungen; Ergänzung mit Inhalt von VID (Verordnung über Internet-Domains; SR 784.104.2)
Entschädigungsausschluss (Art. 30 VE-FMG)	Keine materielle Änderung; redaktionelle Anpassung an Revisionsvorlage
Technische Vorschriften für Fernmeldeanlagen (Art. 31 VE-FMG)	Kaum materielle Änderungen; entspricht geltender Praxis
Verwendung von Störsendern (Art. 34 VE-FMG)	Kaum materielle Änderung; redaktionelle Anpassung an Revisionsvorlage
Weitere Anschlüsse (Art. 35a VE-FMG)	Pragmatischere und bedürfnisgerechtere Lösung betreffend Anspruchsbe- rechtigung; Klarstellung betreffend Kostenpflichten für Versiegelung und Entsiegelung
Abgaben zur Finanzierung der Grundversorgung (Art. 38 VE-FMG)	Anpassung an Revisionsvorlage
Konzessionsgebühren für Funkkonzessionen (Art. 39 VE-FMG)	Keine materielle Änderung; nur redaktionell
Verwaltungsgebühren (Art. 40 VE-FMG)	Anpassung an Revisionsvorlage wegen Anpassung der Melde- bzw. Registrierungspflicht
Festlegung und Erhebung der Abgaben (Art. 41 VE-FMG)	Kaum materielle Änderung; Verwaltungsgebühren soll neu der Bundesrat festlegen
Kommunikation in ausserordentlichen Lagen (Art. 47 VE-FMG)	Keine materielle Änderung; nur redaktionell



Einschränkung des Fernmeldeverkehrs (Art. 48 VE-FMG)	Keine materielle Änderung; nur redaktionell
Übertretungen (Art. 52 VE-FMG)	Anpassung an Revisionsvorlage wegen Anpassung der Melde- bzw. Registrierungspflicht sowie Änderungen bei Funkkonzessionierung und Nutzung der Adressierungselemente
Aufsicht (Art. 58 VE-FMG)	Anpassung an Revisionsvorlage wegen Änderungen bei Funkkonzessionierung
Auskunftspflicht (Art. 59 VE-FMG)	Kaum materielle Änderung; Ausdehnung der Auskunftspflicht von Anbietern gegenüber den Behörden entsprechend der heutigen Praxis
Internationale Zusammenarbeit und Vereinbarungen (Art. 64 VE-FMG)	Kaum materielle Änderung; Finanzierung von Internet-Gouvernanz-Prozessen ist bis anhin nicht explizit gesetzlich geregelt; entspricht heutiger Praxis

## 2.4 Änderung anderer Erlasse

### 2.4.1 Änderung des Bundesgerichtsgesetzes

#### 2.4.1.1 Aktuelle Rechtslage

Gemäss dem aktuell geltenden **Art. 83 lit. p Ziff. 2 BGG** (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110) kann gegen Entscheide der ComCom im Zusammenhang mit Streitigkeiten betreffend den Netzzugang im Sinne von Art. 11a FMG lediglich Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden, welches letztinstanzlich und abschliessend entscheidet. Die Unzulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht sowie die mit dem Ausschluss des ordentlichen zweistufigen Instanzenzuges verbundene, aus rechtsstaatlicher Sicht bedenkliche Einschränkung des Rechtsschutzes wird dabei mit der „*enorm hohen Dynamik im Fernmeldemarkt begründet, welche schnell rechtskräftige Entscheide verlangt*“<sup>78</sup>, da den Marktteilnehmenden nur dadurch genügend Rechts- und Investitionssicherheit gewährt werden könne.

#### 2.4.1.2 Vorgeschlagene Regelung

Gleichzeitig mit der Revision des FMG ist vorgesehen, die bisher auf Entscheide betreffend Streitigkeiten nach Art. 11a FMG beschränkte Ausnahmeregelung von Art. 83 lit. p Ziff. 2 BGG auf diverse Entscheide der ComCom im Rahmen des neu konzipierten Zugangsregimes<sup>79</sup> sowie auf weitere Konstellationen auszuweiten, in welchen der ComCom zumindest teilweise auch neue Kompetenzen bzw. Entscheidungsbefugnisse übertragen werden sollen<sup>80</sup>. Zur Begründung dieser substanziellen Erweiterungen des Ausnahmekatalogs, welche im Ergebnis dazu führen würden, dass der Rechtsschutz bei den wichtigsten wettbewerblichen Entscheiden der fernmelderechtliche Regulierungsbehörde entgegen dem verfassungsrechtlichen Auftrag gemäss Art. 191 Abs. 1 BV massgeblich eingeschränkt würde, verweist der

<sup>78</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 84.

<sup>79</sup> Vgl. dazu Art. 13h VE-FMG; Art. 13i VE-FMG und Art.13j VE-FMG.

<sup>80</sup> Vgl. dazu Art. 21a Abs. 1 VE-FMG; Art. 21b Abs. 3 VE-FMG; Art. 35b Abs. 3 VE-FMG; Art. 36a Abs. 3 VE-FMG.



Erläuterungsbericht lediglich auf die Überlegungen, welche bereits dem aktuell geltenden, vor rund neun erlassenen Jahren Art. 83 lit. p Ziff. 2 BGG zu Grunde lagen (vgl. dazu Ziff. 2.4.1.1 dieser Stellungnahme).

#### 2.4.1.3 Koordination und Abstimmung mit der laufenden Teilrevision der Bundesgerichtsgesetzgebung

Entsprechend dem Hinweis in den Vernehmlassungsunterlagen<sup>81</sup> bedürfte die mit der Revision des FMG vorgeschlagene Änderung des BGG der Koordination und engen Abstimmung mit der aktuellen Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes, zu der ebenfalls ein Vernehmlassungsverfahren stattfindet. Swisscom hat das entsprechende Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes zum Anlass genommen, sich mit **Stellungnahme vom 24. Februar 2016** zu den vorgeschlagenen Änderungen des BGG (VE-BGG) zu äussern. Ein Schwerpunkt bildete dabei der Ausnahmekatalog von Art. 83 Abs. 1 lit. p sowie Abs. 2 VE-BGG, wobei auf die Interdependenzen und Querbezüge zur Revision des FMG ausdrücklich Bezug genommen wurde mit dem Hinweis, dass die entsprechenden Ausführungen zu Art. 83 Abs. 1 lit. p<sup>82</sup> und Abs. 2 VE-BGG sinngemäss auch auf die in der FMG-Revisionsvorlage vorgeschlagenen erweiterten Ausschlussstatbestände Anwendung finden<sup>83</sup>. Da die Fragestellungen des Instanzenzuges primär der Bundesrechtspflege zuzuordnen sind, erlaubt sich Swisscom hiermit, der Einfachheit halber und zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich und integral auf die ausführlichen Überlegungen in der erwähnten Eingabe vom 24. Februar 2016 zu verweisen.

Swisscom beantragt demnach, auf die im Rahmen der Revision des FMG vorgeschlagene Ausdehnung der Rechtsschutzbeschränkung vollumfänglich zu verzichten und den Ausnahmetatbestand von Art. 83 lit. p Ziff. 2 BGG ersatzlos zu streichen.

#### 2.4.2 Änderung des Telekommunikationsunternehmungsgesetzes

Anlässlich der Teilrevision des FMG soll im Telekommunikationsunternehmungsgesetz (TUG; SR 784.11) Artikel 6 (Stellung des Bundes und Drittbeteiligung) um einen vierten Absatz ergänzt werden, namentlich um für den Austausch von Informationen, auf die der Bund zur Erfüllung seiner Aufgaben als Mehrheitsaktionär angewiesen ist, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Vorgeschlagen wird für diese neue Bestimmung der folgende Wortlaut:

*Der Verwaltungsrat sorgt für die Umsetzung der strategischen Ziele, erstattet dem Bundesrat jährlich Bericht über deren Erreichung und stellt ihm die zur Überprüfung notwendigen Informationen zur Verfügung.*

Diese Formulierung entstammt wortwörtlich dem Postorganisationsgesetz (SR 783.1; Art. 7 Abs. 1). Im Erläuterungsbericht wird denn auch auf die rechtliche Situation der Post, aber auch auf diejenige von Skyguide und RUAG verwiesen<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 85.

<sup>82</sup> Diese Bestimmung entspricht materiell dem heutigen Art. 83 lit. p Ziff. 2 BGG.

<sup>83</sup> Vgl. dazu die Vernehmlassungseingabe von Swisscom vom 24. Februar 2016 zur Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes, S. 6.

<sup>84</sup> Vgl. dazu den Erläuterungsbericht, S. 86.



Der Vergleich von Swisscom mit diesen Bundesunternehmen verkennt, dass Swisscom börsenkotiert ist und dass der Bund nicht alleiniger Aktionär von Swisscom ist. Die Einflussmöglichkeiten des Bundes auf Swisscom sind daher auch begrenzt und zwar auf die stimmenmässige Beherrschung der Generalversammlung (Art. 6 Abs. 1 TUG) sowie die Entsendung eines Vertreters in den Verwaltungsrat (Art. 762 Abs. 1 OR). Insbesondere kann der Bund der Unternehmung keine Unternehmensstrategie vorgeben. Diese Aufgabe liegt in der ausschliesslichen Verantwortung des Verwaltungsrates, der hierzu eigenverantwortlich handelt. Es kann daher nicht in der Verantwortung des Verwaltungsrates liegen, für die Umsetzung der strategischen Ziele (des Bundesrates) zu sorgen, wie das in der vorgeschlagenen neuen Bestimmung vorgesehen ist. Zum Zusammenspiel zwischen den strategischen Zielen des Bundes als Hauptaktionär und der Unternehmensstrategie kann auf die präzisen, zutreffenden Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft zum TUG verwiesen werden:

*Die mit der kapital- und stimmenmässigen Mehrheit verbundene grosse Einflussmöglichkeit des Bundes kann zu einer Verunsicherung von Investoren führen. Absatz 3 berücksichtigt dies und bestimmt, dass sich der Bundesrat festlegen soll, wie er kraft seines Status als Mehrheitsaktionär die Interessen des Bundes gegenüber der Telekommunikationsunternehmung wahrnehmen will. Als Mittel stehen ihm hiezu die Möglichkeiten zur Verfügung, welche einem Hauptaktionär im Aktienrecht zukommen, also vor allem der Einfluss auf die Besetzung des Verwaltungsrates und die stimmenmässige Beherrschung der Generalversammlung. Indem er seine entsprechenden Absichten im Vierjahresrhythmus verbindlich festlegt, wird die nötige Transparenz für Drittinvestoren geschaffen. Die vom Bundesrat für seinen Kapitalanteil festgelegten Ziele sind von der Unternehmungsstrategie der Telekommunikationsunternehmung zu unterscheiden. Der Hauptaktionär soll sich auf die für ihn wesentlichsten Punkte beschränken und die grundsätzliche Ausrichtung und insbesondere die operative Führung der Unternehmung den dafür vorgesehenen Organen überlassen<sup>85</sup>.*

Der erste Teil der vorgeschlagenen neuen Bestimmung ("Der Verwaltungsrat sorgt für die Umsetzung der strategischen Ziele, ...") würde zu einer Kompetenzverschiebung bezüglich der nach OR unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates führen, was Art. 9 Absatz 1 TUG (der auf Art. 716a Abs. 1, Ziffer 1 OR verweist) klar widersprechen würde. Mit der neuen Bestimmung würde also ein Widerspruch im TUG geschaffen und ohne sachlichen Grund eine langjährige, bewährte und anerkannte Praxis geändert. Die Begründung dafür beschränkt sich auf einen bloss formellen Vergleich mit Skyguide, RUAG und Post, das heisst mit Bundesunternehmen ohne Minderheitsaktionäre. Eine Gleichschaltung von Swisscom mit anderen bundesnahen Betrieben (Skyguide, RUAG und Post) wäre aufgrund der unterschiedlichen Eignerstrukturen nicht ohne Risiken. So ist schwer einschätzbar, wie andere Aktionäre von Swisscom, Analysten und der Kapitalmarkt auf einen solchen Paradigmenwechsel reagieren würden.

Swisscom anerkennt hingegen das Bedürfnis, aus börsenrechtlichen Gründen eine ausdrücklich gesetzliche Pflicht des Verwaltungsrates von Swisscom zur Berichterstattung im Zusammenhang mit den Zielen des Bundes als Hauptaktionär des Bundes zu statuieren.

Sollte der Bundesrat trotz der grundsätzlichen Einwände in dieser Stellungnahme der Bundesversammlung eine FMG-Revision beantragen, ist Swisscom damit einverstanden, dass TUG den Anforderungen der Börsengesetzgebung anzupassen, schlägt aber vor, die Änderung auf die Berichterstattungspflicht

---

<sup>85</sup> Vgl. dazu BBl 1996 III 1335.

des Verwaltungsrates gegenüber dem Bundesrat zu beschränken und den **Art. 6 Abs. 3 TUG gemäss der bisherigen Praxis durch folgenden Satz zu ergänzen:**

*Der Verwaltungsrat erstattet dem Bundesrat jährlich Bericht über deren Erreichung und stellt ihm die zur Überprüfung notwendigen Informationen zur Verfügung.*

Für eine wohlwollende Prüfung und Berücksichtigung der Anliegen von Swisscom bedanken wir uns zum Voraus bestens.

Mit freundlichen Grüssen

Swisscom (Schweiz) AG  
Konzernrechtsdienst



Patrick Dehmer  
General Counsel



Peter Ehram  
Head of Regulatory