



2. Juli 2012

---

# Änderung der Verordnung der ComCom betreffend das Fernmeldegesetz

## Erläuternder Bericht

---

### Inhalt

<b>1</b>	<b>Ausgangslage</b> .....	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Rechtsgrundlagen und Anwendung</b> .....	<b>1</b>
2.1	Allgemeines zur freien Wahl der Dienstanbieterin .....	1
2.2	Preselection.....	1
<b>3</b>	<b>Anforderungen an eine optimierte Preselection-Regelung</b> .....	<b>2</b>
<b>4</b>	<b>Verordnungsänderung</b> .....	<b>2</b>
4.1	ComComV.....	2
4.1.1	Regelungssystematik .....	2
4.1.2	Art. 3 Abs. 1 .....	3
4.1.3	Art. 6 Abs. 1 .....	3
4.1.4	Art. 7 Abs. 2 .....	3
4.1.5	3. Abschnitt .....	3
4.1.6	Art. 9 Abs. 1 – 4 .....	3
4.1.7	Art. 10 Abs. 1, 3 und 4 .....	3
4.1.8	Art. 12 Sachüberschrift und Abs. 1 – 4 .....	4
4.1.9	Art. 13 .....	4
4.1.10	Anhänge .....	5
4.2	Anhang 2 .....	5
4.2.1	Gesamttext .....	5
4.2.2	Kapitel 2.....	5
4.2.3	Kapitel 4.....	5

## 1 Ausgangslage

Die freie Wahl der Dienstanbieterin durch Vorbestimmung (Preselection) stellt ein Instrument der ersten Stunde zur Förderung des Wettbewerbs im liberalisierten Fernmeldemarkt dar. Durch das Definieren von Spielregeln für die Anbieterinnen auf dem Vorleistungsmarkt soll sie den Kundinnen und Kunden ermöglichen, die Anbieterin unabhängig von der Anbieterin des Anschlusses systematisch für alle Verbindungen vorzubestimmen.

Die Preselection beschäftigt das BAKOM seit geraumer Zeit praktisch ausschliesslich noch im Zusammenhang mit Fällen von ungewolltem Anbieterinnenwechsel. Laufend werden ihm Begebenheiten zugetragen, bei denen es gegen den Willen der betroffenen Kundinnen und Kunden – und oft unter Zuhilfenahme unlauterer Methoden – zu einem Wechsel der Anbieterin gekommen ist. Solche Praktiken werden gemeinhin als „Slamming“ bezeichnet und kommen fast ausschliesslich im Zusammenhang mit der telefonischen Kundenwerbung vor. Die Konsumentinnen und Konsumenten können dabei oft nicht nachvollziehen, dass sie aufgrund eines simplen, von ihnen nicht provozierten Telefonanrufs seitens eines Callcenters ihre Anbieterin gewechselt haben sollen. Entsprechend häufig richten sich ihre Klagen und das damit verbundene Unverständnis auch gegen die Swisscom, die als Ursprungsdienstanbieterin gehalten ist, die Preselection zu aktivieren.

Was den Preselection-Markt betrifft, so stagniert oder schwindet dieser sowohl international als auch in der Schweiz. Gründe sind zum einen die von den Anschluss Providern zunehmend angebotenen Bündelangebote und Flatrates, zum andern die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses. Per Ende Januar 2011 meldete die Swisscom insgesamt knapp 390'000 Anschlüsse mit CPS, Ende 2007 waren es noch mehr als doppelt so viele.

## 2 Rechtsgrundlagen und Anwendung

### 2.1 Allgemeines zur freien Wahl der Dienstanbieterin

Gemäss Artikel 28 Absatz 4 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) haben die Anbieterinnen von Fernmeldediensten die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen sicherzustellen. Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) regelt diesbezüglich die Einzelheiten unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung und internationalen Harmonisierung, was sie in den Artikeln 9 – 13 der Verordnung der ComCom betreffend das Fernmeldegesetz (ComComV; SR 784.101.112) sowie dem zugehörigen Anhang 2 getan hat.

Artikel 28 Absatz 4 FMG nimmt die Anbieterinnen in die Pflicht. Die ComCom hat als zuständige Regulierungsbehörde die Einzelheiten zu regeln. Entsprechend der im Fernmelderecht geltenden Zuständigkeitsordnung und dem mit der freien Wahl der Dienstanbieterin verfolgten Liberalisierungsziel haben sich die entsprechenden Bestimmungen auf das Rechtsverhältnis zwischen den Fernmeldedienstanbieterinnen und somit auf die Vorleistungsstufe zu beziehen und insbesondere die fernmelde-technischen Aspekte zu regeln. Ihrem Zweck entsprechend gehört die freie Wahl der Dienstanbieterin damit zur Zugangsregulierung.

Eine Kompetenz der ComCom, Bestimmungen zu erlassen, die direkt in das Vertragsverhältnis zwischen Anbieterinnen und ihren Kundinnen oder Kunden eingreifen oder den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten bezwecken, enthält Artikel 28 Absatz 4 FMG nicht.

### 2.2 Preselection

Bei der Preselection besteht ein Dreiecksverhältnis zwischen zwei Anbieterinnen, nämlich der sog. Ursprungsdienstanbieterin und der ausgewählten Anbieterin sowie einer Kundin oder einem Kunden. Eine Besonderheit dieses Dreiecksverhältnis liegt darin, dass die ausgewählte Anbieterin aufgrund der bestehenden fernmelderechtlichen Vorschriften im Auftrag der Kundin oder des Kunden bei der Ursprungsdienstanbieterin die Umschaltung verlangt und damit den Vollzug des Vertragswechsels der

Kundin oder des Kunden von der Ursprungsdienstanbieterin (oder der bis anhin vorbestimmten Anbieterin) auf die ausgewählte Anbieterin auslöst.

Die ComCom hat mit ihrer bisherigen Regelung versucht, einerseits die Hürden für die freie Wahl der Dienstanbieterin möglichst tief zu halten, andererseits durch „administrative“ Anforderungen gleichwohl Konsumentenschutzinteressen bis zu einem gewissen Grad zum Durchbruch zu verhelfen. So ist es der Ursprungsdienstanbieterin beispielsweise aufgrund der fernmelderechtlichen Vorschriften und der darin abschliessend geregelten Anforderungen an die Willenskundgebung der Kundinnen und Kunden (sog. Preselection-Antrag) gegenwärtig untersagt, von der vorbestimmten Anbieterin beispielsweise eine explizite schriftliche Vollmacht für ihr Handeln im Namen des Kunden oder der Kundin zu verlangen. Gemäss Ziff. 4.2 ff von Anhang 2 kann der Preselection-Antrag schriftlich oder telefonisch gestellt werden. Telefonische Preselection-Anträge sind gemäss Ziff. 4.3 von Anhang 2 durch eine in der Interkonkktionsvereinbarung anerkannte TPV-Stelle (TPV: Third Party Verification) aufzuzeichnen und zu prüfen. Geht dem Antrag ein Werbeanruf voraus, ist auch dieser aufzuzeichnen. „Bei Streitigkeiten betreffend die Aktivierung einer Preselection“ ist die gesamte Aufzeichnung gemäss Ziff. 4.5 von Anhang 2 auf Verlangen „sowohl der Ursprungsdienstanbieterin als auch der Kundin oder des Kunden“ herauszugeben. Legt die ausgewählte Dienstanbieterin den Beweis nicht vor, hat sie die Aufhebung der Preselection zu veranlassen.

Die Durchsetzung dieser Bestimmungen ist in der Praxis aufwändig und wenig effektiv. Dies vorab deshalb, weil sie eine tatsächliche Umschaltung gegen den Willen der Kundinnen und Kunden nicht zu verhindern vermögen und die aufsichtsrechtlichen Vorschriften im Fernmelderecht überdies nicht geeignet und auch nicht dazu bestimmt sind, individuelle Konsumenteninteressen durchzusetzen. So haben die Konsumentinnen und Konsumenten zwar die Möglichkeit, umgehend wieder eine Rückgängigmachung zu veranlassen, wenn der Wechsel gegen ihren Willen stattgefunden hat. Meist haben sie in solchen Fällen jedoch gleichwohl Strafgebühren oder eine Mindestabonnementsdauer zu bezahlen. Der Streit darüber, ob eine entsprechende Zahlung geschuldet ist, bzw. ob ein Vertrag überhaupt zustande gekommen ist, wird oft vor der Ombudscom ausgetragen. Immerhin sind die Konsumentinnen und Konsumenten dank der ComCom-Vorschriften dabei in der Regel in der Lage, mittels der angeforderten Aufzeichnung den Verlauf des Verkaufsgesprächs zu belegen.

### **3 Anforderungen an eine optimierte Preselection-Regelung**

Zwischen fernmelderechtlich regulierter Beziehung zwischen den Anbieterinnen einerseits und vertraglicher Beziehung zwischen den Anbieterinnen und ihren Kundinnen und Kunden andererseits ist klar zu trennen. Fernmelderechtliche Bestimmungen sollen nicht durch entgegenstehende Vereinbarungen im Kundenvertrag ausgehebelt werden können. Im Weiteren ist sicherzustellen, dass Preselection-Schaltungen nicht ohne entsprechende Willenskundgebung seitens der Kundinnen und Kunden ausgeführt werden. Schliesslich ist, wie im Zugangsbereich üblich, zu fordern, dass die Ursprungsdienstanbieterin, welche die Preselection-Schaltungen vornimmt, alle Preselection-Aufträge gleich behandelt, unabhängig davon, ob es sich um eigene oder fremde Kundinnen und Kunden handelt, und ungeachtet dessen, ob die Kundinnen sich aus der Vertragsbeziehung mit ihr lösen oder erneut eine solche mit ihr eingehen möchten.

## **4 Verordnungsänderung**

### **4.1 ComComV**

#### **4.1.1 Regelungssystematik**

Die vorstehend genannten Ziele einer optimierten Preselection-Regelung werden aufgrund ihrer zentralen Bedeutung bereits im eigentlichen Verordnungstext berücksichtigt, und nicht erst im zugehörigen Anhang 2. In diesem Sinne sind insbesondere die Artikel 9 und 12 ComComV gemäss nachfolgenden Erläuterungen zu ändern.

#### **4.1.2 Art. 3 Abs. 1**

Im Sinne einer formellen Anpassung wird der Begriff „Teilnehmerinnen und Teilnehmer“ unter Beachtung von Artikel 1 Buchstabe b der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) auch im Abschnitt betreffend die Nummernportabilität durch den Begriff „Kundin und Kunde“ ersetzt.

#### **4.1.3 Art. 6 Abs. 1**

Der Begriff „Teilnehmerinnen und Teilnehmer“ wird durch den Begriff „Kundin und Kunde“ ersetzt.

#### **4.1.4 Art. 7 Abs. 2**

Der Begriff „Teilnehmerinnen und Teilnehmer“ wird durch den Begriff „Kundin und Kunde“ ersetzt.

#### **4.1.5 3. Abschnitt**

Die Präzisierung „für nationale und internationale Verbindungen“ im Titel des 3. Abschnitts wird gestrichen. Dieser kommt heute keine eigenständige Bedeutung mehr zu, beruht sie doch auf der Tatsache, dass es zur Zeit der Einführung der Bestimmungen zur freien Wahl der Dienstanbieterin neben den nationalen und internationalen noch „lokale Verbindungen“ gab, für welche keine Wahlfreiheit bestand. Was den unterschiedlichen Pflichtumfang bezüglich nationaler und internationaler Verbindungen in Artikel 9 Absätze 1 – 3 betrifft, so wird dieser in den erwähnten Bestimmungen eigenständig festgelegt. Er bedarf damit keines Hinweises im Abschnittstitel.

#### **4.1.6 Art. 9 Abs. 1 – 4**

In den Absätzen 1 – 3 wird zunächst der Begriff „Teilnehmerinnen und Teilnehmer“ durch den Begriff „Kundin und Kunde“ ersetzt. Dann wird mit einer Anpassung des Wortlauts der Bestimmungen verdeutlicht, dass sich diese in erster Linie auf das Rechtsverhältnis zwischen den Fernmeldedienstanbieterinnen und somit auf die Vorleistungsstufe beziehen. Die Vertragsbeziehungen zwischen den Anbieterinnen und ihren Kundinnen und Kunden (vgl. Ziff. 2.1) werden dadurch nur indirekt berührt.

Aufgrund der Unterscheidung zwischen Vorleistungsstufe und Privatkundenbeziehung ist auch klar zu trennen zwischen fernmelderechtlich regulierter Beziehung zwischen den Anbieterinnen einerseits und vertraglicher Beziehung zwischen den Anbieterinnen und ihren Kundinnen und Kunden andererseits. Damit wird in einem neuen Absatz 4 folgerichtig nun festgelegt, dass die freie Wahl der Dienstanbieterin nicht unter Berufung auf entgegenstehende Vereinbarungen im Kundenvertrag (z. B. Verbot eines Anbieterinnenwechsels vor Ablauf des Kundenvertrags) verweigert werden darf.

Was den geltenden Absatz 4 betrifft, so verfügt die ComCom bereits gestützt auf Artikel 28 Absatz 4 FMG über die Kompetenz zur Überprüfung der Verpflichtungen nach den Absätzen 1 – 3. Die Bestimmung kann daher mangels normativen Gehalts gestrichen werden.

#### **4.1.7 Art. 10 Abs. 1, 3 und 4**

Nachdem dem Begriff „für nationale und internationale Verbindungen“ im Zusammenhang mit der freien Wahl der Dienstanbieterin heute keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt (vgl. Ziff. 4.1.5), wird der Begriff „Anbieterinnen von nationalen und internationalen Verbindungen“ in Absatz 1 durch den Begriff „Anbieterinnen öffentlicher Telefondienste“ ersetzt.

Der geltende Absatz 3, wonach das BAKOM die zugeteilten Auswahlcodes im Bundesblatt veröffentlicht, wird gestrichen. Der damit beabsichtigten Verankerung des Öffentlichkeitsprinzips im Zusammenhang mit der Zuteilung von Auswahlcodes kann mit der Anwendung von Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV; SR 784.104) hinreichend Rechnung getragen werden (vgl. dazu die nachstehenden Erläuterungen zu Absatz 4). Gemäss dieser Bestimmung macht das BAKOM Informationen über die von ihm zugeteilten Adressierungselemente und deren Nutzungszweck, über den Namen und die Adresse ihrer Inhaberinnen und Inhaber

sowie, falls ihr Sitz im Ausland ist, über ihre Korrespondenzadresse in der Schweiz der Öffentlichkeit zugänglich. Dies kann auch durch Abrufverfahren geschehen.

Gemäss bisheriger Praxis unterschied das BAKOM zwischen provisorischer und definitiver Zuteilung eines Auswahlcodes. Eine definitive Zuteilung erfolgte nach einer 12-monatigen provisorischen Zuteilung, während der auch die Inbetriebnahme sicherzustellen war. Die Regelung des geltenden Absatz 4, wonach die Auswahlcodes in Verbindung mit dem geltenden Absatz 3 sinngemäss spätestens 90 Tage nach ihrer definitiven Zuteilung in Betrieb zu nehmen sind, blieb damit bisher ohne Bedeutung. Angesichts der geplanten Einstellung der Praxis der provisorischen Zuteilung übernimmt der neue Absatz 3 die im geltenden Absatz 4 geregelte Inbetriebnahmefrist sinngemäss, legt sie zweckmässigerweise aber neu auf 180 Tage fest.

In Absatz 4 wird – in Ergänzung zur in Artikel 33 AEFV vorgesehenen Zuteilung der Auswahlcodes nach den Modalitäten der ComCom – für Zuteilung, Verwaltung und Widerruf der Auswahlcodes neu ausdrücklich auf die Bestimmungen der AEFV verwiesen, die in der Praxis schon bisher dafür massgebend waren.

#### **4.1.8 Art. 12 Sachüberschrift und Abs. 1 – 4**

Zunächst wird die geltende Sachüberschrift von Artikel 12 („Verrechnung“) geändert in „Interkonnektionsvereinbarungen“. Zusammen mit der Ergänzung der Bestimmung durch drei neue Absätze wird damit jedoch kein neues Recht geschaffen, sondern lediglich verdeutlicht, dass die freie Wahl der Dienstanbieterin ihrem Zweck entsprechend bereits heute zur Zugangsregulierung gehört (vgl. Ziff. 2.1).

Der Inhalt der geltenden Bestimmung, der die Verrechnung der getätigten Anrufe regelt, wird materiell unverändert in einen neuen Absatz 4 überführt.

Der neue Absatz 1 legt fest, dass die Anbieterinnen die Modalitäten der freien Wahl der Dienstanbieterin in ihren Interkonnektionsvereinbarungen regeln. Auch diese Bestimmung stellt keine Neuregelung dar, sondern verdeutlicht wiederum die Zugehörigkeit der freien Wahl der Dienstanbieterin zur Zugangsregulierung (vgl. Ziff. 2.1). Im Weiteren stellt die Bestimmung sicher, dass die Ursprungsdienstanbieterin, welche die Preselection-Schaltungen vornimmt, alle Preselection-Aufträge gleich behandelt, unabhängig davon, ob es sich um eigene oder fremde Kundinnen und Kunden handelt, und ungeachtet dessen, ob die Kundinnen sich aus der Vertragsbeziehung mit ihr lösen oder erneut eine solche mit ihr eingehen möchten. Dies erreicht sie mit dem Verweis auf die sinngemässe Geltung des Gebots der Nichtdiskriminierung gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG.

Einem der Hauptpunkte des vorliegenden Revisionsprojekts, nämlich dem Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten vor unerwünschten Preselection-Schaltungen, wird durch Absatz 2 Rechnung getragen. Dieser legt einerseits fest, dass der Auftrag zur Einrichtung der Preselection durch die ausgewählte Anbieterin erteilt wird. Andererseits bestimmt er, dass die Anbieterin dazu durch die Kundin oder den Kunden ermächtigt sein muss. Gemäss Absatz 3 darf die Ursprungsdienstanbieterin neuerdings verlangen, dass ihr ein Nachweis für diese Ermächtigung – allenfalls in Form einer schriftlichen Vollmacht – vorgelegt wird, bevor sie tätig wird. Dies war ihr bisher gestützt auf die Vorschriften von Anhang 2 verwehrt. Form und Inhalt eines solchen Nachweises haben die Anbieterinnen in den Interkonnektionsvereinbarungen zu regeln, ähnlich wie sie dies bereits heute im Fall der Entbündelung in den entsprechenden Vereinbarungen tun.

#### **4.1.9 Art. 13**

Die Präzisierung „für nationale und internationale Verbindungen“ wird entsprechend den Erläuterungen unter Ziff. 4.1.5 gestrichen.

#### **4.1.10 Anhänge**

Bezüglich der in Anhang 2 festgelegten technischen und administrativen Vorschriften betreffend die freie Wahl der Dienstanbieterin wird darauf hingewiesen, dass neu deren Ausgabe 8 Gültigkeit hat. Im Weiteren wird die Präzisierung „für nationale und internationale Verbindungen“ entsprechend den Erläuterungen unter Ziff. 4.1.5 gestrichen

### **4.2 Anhang 2**

#### **4.2.1 Gesamttext**

Die Präzisierung „für nationale und internationale Verbindungen“ wird entsprechend den Erläuterungen unter Ziff. 4.1.5 in Titel und Text von Anhang 2 gestrichen.

#### **4.2.2 Kapitel 2**

Aufgrund der Änderung von Art. 9 Abs. 1 – 3 ComComV ist auch im einleitenden Text von Kapitel 2 anstelle des verwendeten Ausdrucks „call-by-call“ neu der Ausdruck „Call by Call“ zu verwenden.

#### **4.2.3 Kapitel 4**

In formeller Hinsicht ist angesichts der mit der Änderung der ComComV vorgesehenen Einführung einer Ermächtigungspflicht im Hinblick auf Preselection-Schaltungen (vgl. Ziff. 4.1.8) zunächst die Terminologie in Kapitel 4 (Text und Abbildung 2) anzupassen. Der gegenwärtig verwendete Begriff „Antrag“ bzw. „Preselection-Antrag“ ist zu ändern in „Ermächtigung“ bzw. „Preselection-Ermächtigung“. Im Weiteren können die in den geltenden Ziff. 4.1 – 4.5 enthaltenen Anforderungen grösstenteils gestrichen und der verbleibende, beträchtlich verkleinerte Regelungsbedarf direkt mit den neuen Ziff. 4.1 – 4.4 abgedeckt werden.

Was die materiellen Änderungen betrifft, so können aufgrund der neuen Ermächtigungspflicht insbesondere alle Anforderungen bezüglich der in Kapitel 4 vorgesehenen mündlichen oder schriftlichen Preselection-Anträge gestrichen werden. Inhalt dieser Anforderungen ist denn auch nicht in erster Linie der Preselection-Antrag bzw. die der ausgewählten Anbieterin damit erteilte Ermächtigung, sondern der Inhalt des zugrunde liegenden Fernmeldedienstvertrags.

Ebenso gestrichen werden können alle Anforderungen bezüglich der Aufzeichnung und Prüfung telefonischer Preselection-Anträge durch eine TPV-Stelle sowie bezüglich der Aufzeichnung des vorangehenden Gesprächsteils. Diese Anforderungen erweisen sich aufgrund der neuen Ermächtigungspflicht als nicht mehr notwendig. Sollten die Anbieterinnen in ihren Interkonkktionsvereinbarungen weiterhin die TPV als Nachweis für die Ermächtigung der Kundinnen und Kunden beibehalten, wird es an ihnen liegen, die damit zusammenhängenden Vorschriften bezüglich Form und Inhalt zu definieren.

Im Weiteren besteht aufgrund der beabsichtigten klaren Trennung zwischen fernmelderechtlich regulierter Beziehung zwischen den Anbieterinnen einerseits und vertraglicher Beziehung zwischen den Anbieterinnen und ihren Kundinnen und Kunden andererseits auch kein Bedarf mehr an Vorschriften der ComCom für den Fall von Preselection-Streitigkeiten. Solche Streitigkeiten sind ausschliesslich im Rahmen von zivilrechtlichen Gerichts- oder Schlichtungsverfahren beizulegen, wobei die Stellung der Konsumentinnen und Konsumenten aufgrund der neuen Vorschriften in Artikel 12 Absatz 2 und 3 ComComV gestärkt werden dürfte.

Schliesslich konkretisiert die neue Ziff. 4.3 das in Artikel 12 Absatz 1 vorgesehene und mit einem Verweis auf das Nichtdiskriminierungsgebot in Artikel 11 Absatz 1 FMG umgesetzte Anliegen der Gleichbehandlung zwischen den Anbieterinnen (vgl. Ziff. 4.1.8). Sie legt fest, dass die Ursprungsdienstanbieterin, die den öffentlichen Telefondienst für eine Kundin oder einen Kunden selbst bereitstellen möchte, eine Preselection nur deaktivieren darf, wenn sie von der Kundin oder dem Kunden dazu ermächtigt und im Besitz des erforderlichen Nachweises ist.