

## **CH\_VB JAAC 68.26 vom 20. August 2003**

Bundesverwaltung, 2003-08-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_68.26\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_68.26__)

FR: CH\_VB JAAC 68.26 du 20 août 2003

IT: CH\_VB JAAC 68.26 del 20 agosto 2003

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Telecomunicazioni. Uso illecito di informazioni specifiche legate alle telecomunicazioni. - L'art. 50 cpv. 2 OST non ha solo lo scopo di garantire una concorrenza effettiva fra fornitori di servizi di telecomunicazioni, ma vuole pure proteggere i diritti della personalità degli abbonati (consid. 10.2). - I dati prodotti nel quadro di una connessione «Carrier Preselection» non possono essere utilizzati a fini di marketing o di controllo del rispetto dei contratti, ma - in applicazione dell'art. 50 cpv. 2 OST - unicamente nel quadro dell'interconnessione (consid. 10.5). Zusammenfassung des Sachverhalts: Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) stellte nach Durchführung eines im März 2002 gegen die Swisscom AG eröffneten Aufsichtsverfahrens in seiner Verfügung vom 11. November 2002 unter anderem fest, die Swisscom Fixnet AG habe ihre Pflicht, Interkonnectionsinformationen über Teilnehmerinnen und Teilnehmer nur im Rahmen der Interkonnection zu verwenden, verletzt. Denn die Swisscom Fixnet AG habe die im Zusammenhang mit der so genannten CPS[60]-Schaltung, welche technisch den Zugang zu den Diensten einer jeden Fernmeldedienstanbieterin gewährleiste und damit den Teilnehmerinnen und Teilnehmern am Telefonverkehr die freie Wahl der Anbieterinnen ermögliche, erworbenen Informationen unter anderem zur gezielten Kundenrückgewinnung verwendet. Weiter habe die Swisscom Fixnet AG diese Informationen zur Überprüfung gebraucht, ob Teilnehmerinnen und Teilnehmern, welche von ihr angebotene, zusätzliche Fernmeldedienstleistungen wie insbesondere die «Combox», einen im Netz implementierten Anrufbeantworter, in Anspruch nähmen, auch ihr Grundangebot benutzten, oder eine CPS (zu Gunsten einer anderen Anbieterin) hätten schalten lassen. Das BAKOM wies die Swisscom Fixnet AG im Wesentlichen an, die Verwendung von vertraulichen Interkonnectionsinformationen im Zusammenhang mit Fernmeldedienstleistungen und Marketingaktivitäten unverzüglich zu unterlassen. Ferner wurde die Swisscom Fixnet AG verpflichtet, die unrechtmässig erzielten Einnahmen an den Bund abzuliefern. Gegen diese Verfügung erhob die Swisscom Fixnet AG (Beschwerdeführerin) am 22. November 2002 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Rekurskommission UVEK, REKO/UVEK) und beantragte deren Aufhebung. Aus den Erwägungen: 10. Bezüglich des noch verbleibenden und nachfolgend zu prüfenden Vorwurfes, es liege eine Verletzung von Art. 50 Abs. 2 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) vor, bestreitet die Beschwerdeführerin, dass die Verwendung von Informationen über CPS-Schaltungen in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung falle. Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin geltend, der Zweck von Art. 50 Abs. 2 FDV bestehe darin zu verhindern, dass eine der

## **E. 2**

Interkonnectionsparteien aus dem Interkonnectionsverhältnis einen Vorteil erzielen könne. Diese Bestimmung diene damit dem Schutz des Wettbewerbs zwischen den an der Interkonnection beteiligten Parteien. Dazu gehöre die Teilnehmerin bzw. der Teilnehmer nicht. Zudem fehle es an einem Regelungsbedarf, da den Anliegen des Fernmeldegeheimnisses und des Persönlichkeitsschutzes einerseits durch das Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1) Rechnung getragen werde und andererseits - soweit es um spezifische Aspekte des Fernmeldeverkehrs gehe - durch die Bestimmungen über das Fernmeldegeheimnis im Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) und FDV. Demgegenüber führt das BAKOM aus, Art. 50 Abs. 2 FDV habe zusätzlich auch einen konsumentenschützerischen Zweck, der im vorliegenden Fall zum Tragen komme. 10.1. Gemäss Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post-, und Fernmeldeverkehrs (Abs. 1). Zudem hat jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten (Abs. 2). Laut dem Zweckartikel in Art. 1 FMG soll dieses Gesetz unter anderem insbesondere einen wirksamen Wettbewerb ermöglichen und dabei einen störungsfreien, die Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte achtenden Fernmeldeverkehr sicherstellen (Art. 1 Abs. 2 Bst. b und c FMG). Im 7. Kapitel des FMG ist das Fernmeldegeheimnis geregelt. In Art. 43 FMG ist die Pflicht zur Geheimhaltung statuiert, Art. 44 f. FMG enthält Ausnahmen von dieser Pflicht und Art. 46 FMG beauftragt den Bundesrat, gewisse unter dem Blickwinkel des Persönlichkeitsschutzes kritische Fragen zu regeln wie beispielsweise die Verwendung von Daten über den Fernmeldeverkehr, da die Praxis gezeigt hat, dass es nicht immer möglich (und in Anbetracht der Akzeptanz gewisser Dienstleistungen in der Öffentlichkeit auch nicht gerechtfertigt) ist, die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses sicherzustellen, bevor neue Dienstleistungen auf den Markt gelangen (vgl. Botschaft zum Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996; BBl 1996 III 1441 ff.). Die Ausführungsbestimmungen zum Fernmeldegeheimnis hat der Bundesrat im 5. Kapitel der FDV in den Art. 60 ff. erlassen. Das BAKOM wacht gemäss Art. 58 Abs. 1 FMG darüber, dass die Konzessionärinnen das internationale Fernmelderecht, das Fernmeldegesetz, die Ausführungsvorschriften und die Konzessionen einhalten. Zu dieser Aufsicht gehört demnach auch die Überwachung der Einhaltung der fernmelderechtlichen Daten- und Persönlichkeitsschutzvorschriften. Nicht zu dieser Aufsicht gehört hingegen die Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des DSG, das auch Vorschriften zum Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation enthält. Damit stellt sich die Frage, ob auch Art. 50 FDV, insbesondere dessen Abs. 2, welcher im 4. Kapitel der FDV mit den Bestimmungen über die Interkonnection enthalten ist, den Persönlichkeits- und Datenschutz regelt. 10.2. Dem Bundesrat wurde in Art. 11 Abs. 1 FMG die Kompetenz eingeräumt, die Grundsätze der Interkonnection festzulegen. Unbestritten ist, dass der Schutz von Art. 50 FDV dem wirksamen und fairen Wettbewerb zwischen den Anbieterinnen dienen soll. Bei der Ausübung seiner weit gefassten Kompetenz hatte der Bundesrat insbesondere auch der Zweckbestimmung

## **E. 3**

des FMG Beachtung zu schenken, wonach die Ermöglichung eines wirksamen Wettbewerbs beim Erbringen von Fernmeldediensten unter Beachtung der Persönlichkeitsrechte der Teilnehmerinnen und Teilnehmer zu erfolgen hat (Art. 1 Abs. 1

Bst. b und c FMG). Der Wortlaut von Art. 50 Abs. 2 FDV deutet denn auch darauf hin, dass der Bundesrat eine Bestimmung zum Schutze der Teilnehmerinnen und Teilnehmer vor einer missbräuchlichen Verwendung der über sie im Rahmen der Interkonnektion anfallenden Informationen erlassen hat. Dies macht auch Sinn. Denn wie der Botschaft zum FMG zu entnehmen ist, besteht eine Hauptproblematik des Datenschutzes im Telekommunikationsbereich darin, dass sich Daten, die für sich allein nichtssagend sind, im Zusammenspiel mit anderen Daten zu Persönlichkeitsprofilen verdichten können, die Rückschlüsse auf das Verhalten der Person erlauben (Botschaft, a.a.O., S. 1415). Das besondere Missbrauchspotenzial von Informationen über Teilnehmerinnen und Teilnehmer, die im Zusammenhang mit der Interkonnektion anfallen, wird am vorliegenden Beispiel deutlich. Die Beschwerdeführerin verknüpfte als marktbeherrschende Anbieterin, welche die CPS-Schaltung vornimmt, eine technische Information aus der Interkonnektion mit Personendaten von Teilnehmerinnen und Teilnehmern und verwendete das Resultat aus dieser Verknüpfung für kommerzielle Zwecke. Ermöglicht wurde dies insbesondere durch die mit der Interkonnektion verbundene Datenfülle und die Besonderheit der Datenflüsse, welche der Beschwerdeführerin einen Informationsvorsprung verschaffen. Der Zweck von Art. 50 Abs. 2 FDV ist somit nicht bloss in der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs zu sehen, was nötig ist, weil - wie die Beschwerdeführerin selber festgehalten hat - ihr gewisse Informationen aus dem Interkonnektionsverhältnis über Teilnehmerinnen und Teilnehmer wie die ausgewählte Fernmeldedienstanbieterin, die Interkonnektionsumsätze oder die Verkehrsdaten der Teilnehmerinnen und Teilnehmer exklusiv zur Verfügung stehen. Der Zweck ist ebenso im Persönlichkeitsschutz zu sehen, indem bezogen auf den Fernmeldeverkehr und spezifisch bei der Interkonnektion anfallende Informationen über Teilnehmerinnen und Teilnehmer nur in diesem Rahmen verwendet werden dürfen. Die vom Bundesrat erlassene Spezialbestimmung macht demnach nicht nur zum Schutze des Wettbewerbs, sondern auch zum Schutze der Persönlichkeitsinteressen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer Sinn. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Ausgestaltung der Interkonnektion im Fernmeldegesetz um eine sektorspezifische Regelung handelt (Botschaft, a.a.O., S. 1427). Art. 46 FMG enthält den Auftrag an den Bundesrat, gewisse unter dem Blickwinkel des Persönlichkeitsschutzes kritische Fragen zu regeln (Botschaft, a.a.O., S. 1443). Demnach lag es auch gestützt auf Art. 46 FMG durchaus in der Kompetenz des Bundesrates, in den Verfahrensbestimmungen über die Interkonnektion eine spezifisch die Interkonnektion betreffende Bestimmung zum Schutze der Teilnehmerinnen und Teilnehmer vor einer missbräuchlichen Verwendung der sie betreffenden Informationen vorzusehen. Diese Spezialbestimmung in Art. 50 Abs. 2 FDV zum Schutze der Teilnehmerinnen und Teilnehmer hat ihre gesetzliche Grundlage demnach sowohl in Art. 11 als auch in Art. 46 FMG.

#### **E. 4**

Der Aufbau von Art. 50 FDV und die verwendete Terminologie entsprechen denn auch derjenigen des Geheimnis- und Persönlichkeitsschutzes im

#### **E. 7**

Kundenrückgewinnungsmassnahmen sowie für die Überprüfung der Einhaltung von Verträgen benutzt hat. Angesichts der gesetzlichen Definition der Interkonnektion ist es geradezu offensichtlich, dass es sich dabei nicht um eine Verwendung «im Rahmen der Interkonnektion» handelt, was die Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. Demzufolge

hat das BAKOM zu Recht eine Verletzung von Art. 50 Abs. 2 FDV festgestellt. [60]  
«Carrier Preselection». Page d'accueil de la Commission de recours INEN

#### **E. 8**

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 68.26 - Auszug aus einem Entscheid der Rekurskommission UVEK vom 20. August 2003 [REKO UVEK F-2002-87] In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2004 Année Anno Band 68 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 006 476 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.