

Bundesamt für Kommunikation
Zukunftstrasse 44
Postfach
2501 Biel

Zürich, 17. September 2002

Vernehmlassung zur Revision des Fernmeldegesetzes (FMG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision des Fernmeldegesetzes (Änderungsentwurf vom 3. Juli 2002) möchten wir Stellung nehmen gegen das geplante Verbot des Telemarketings als Folge des Verbots der Verwendung von Telekommunikationsmitteln zu Werbezwecken bei Personen, die dem nicht ausdrücklich zugestimmt haben oder mit denen er oder sie nicht schon in einer Geschäftsbeziehung steht, gemäss Art. 45a FMG (neu) und Art. 3 Bst. n UWG (neu).

a) Beeinträchtigung von Konsumenteninteressen

Ein Verbot von Telemarketing liegt nicht im Interesse der Konsumenten. Diese sind daran interessiert, möglichst umfassende Informationen über die verschiedenen Angebote innerhalb eines bestimmten Marktsegmentes zu erhalten, damit ein Preisvergleich angestellt und das beste Angebot eruiert werden kann. Ein Spamming-Verbot, welches die Übermittlung entsprechender Informationen durch Telemarketing - gegebenenfalls auch gegen den Willen der Adressaten - einschränkt, führt dazu, dass die Konsumenten über weniger Markinformation verfügen. Die vorgängige Einholung der Zustimmung des Adressaten ist wenig praktikabel und damit unrealistisch, weshalb die vorgeschlagene Regelung faktisch einem generellen Verbot des Telemarketings gleichkommt. Diese Wettbewerbsbehinderung wäre durch einen präziseren Gesetzestext zu verhindern. Art. 3 Bst. n UWG ist zu umfassend und schießt inhaltlich über das von den Redaktoren angestrebte Ziel hinaus, da unter die

Telekommunikationsmittel wohl insbesondere die Werbung mittels Telefon zu subsumieren ist.

b) Wettbewerbshemmende Wirkung auf die Telekommunikationsbranche

Ein generelles Verbot von Telemarketing würde den Wettbewerb in der Telekommunikationsbranche hemmen und damit dem erklärten Ziel der Fernmeldegesetzesrevision vom 30. April 1997 zuwiderlaufen. Es ist allgemein bekannt, dass die Swisscom insbesondere im Bereich des Teilnehmeranschlussnetzes nach wie vor über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Privatanbieter wie die N Tel Com GbmH sind darauf angewiesen, mit den zur Verfügung stehenden Mitteln auf Ihre Dienstleistungen aufmerksam zu machen und potentielle Kunden auch mit elektronischer Werbung anzusprechen. Durch Telemarketing ist es den vielen Anbietern von Telecom Leistungen gelungen, zahlreiche zufriedene Kunden zu gewinnen.

Die vorgesehene Ausnahmeregelung, wonach Telekommunikationsmittel, das heisst insbesondere das Telefon, als Werbemittel nur in jenen Fällen erlaubt sein soll, in welchen bereits eine Geschäftsbeziehung besteht, begünstigt die marktgrössten Telekommunikationsanbieter, namentlich die Swisscom, welche ihre beherrschende Stellung mit elektronischer Werbung weiter absichern können. Die Swisscom könnte ihre bestehende breite Kundenbasis mit Telemarketing umwerben, während den neuen Anbietern ein solches Ansprechen der Swisscom-Kunden untersagt wäre. Diese faktische Privilegierung der Swisscom ist mit den Grundsätzen der Rechtsgleichheit und des freien Wettbewerbs unvereinbar.

c) Fehlende sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung des Telemarketings gegenüber anderen Werbemethoden

Es rechtfertigt sich nicht, die elektronische Werbung anders zu behandeln als herkömmliche Werbemethoden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die elektronische Werbung für Anbieter von Fernmeldedienstleistungen besonders naheliegend ist, da dieses Werbemittel einen Bezug zu ihrer Geschäftstätigkeit herstellt. Ein Spamming-Verbot mittels des vorgeschlagenen Wortlauts benachteiligt die Telekommunikationsbranche somit stärker als andere Branchen, in welchen das Telemarketing weniger verbreitet ist.

Praktisch sämtliche herkömmlichen Werbeformen, z.B. die Werbung in Zeitungen und Zeitschriften, im Fernsehen oder am Radio, im Kino, an Plakatsäulen, etc., erfolgen jeweils ohne vorgängige Einwilligung des Adressaten. Es ist sachlich nicht gerechtfertigt, die Werbung in elektronischen Form im Gegensatz zu den übrigen Werbemethoden von zusätzlichen Bedingungen abhängig zu machen.

d) Gefährdung von Arbeitsplätzen

Es ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Arbeitsplätzen gefährdet wäre, falls ein generelles Verbot des Spamming mit überschüssendem Wortlaut erlassen würde. Besonders stark betroffen wären die Telemarketing-Firmen, die von einer solchen Massnahme existentiell bedroht würden. Weiter hätte ein solches Verbot negative Auswirkungen auf die gesamte Werbebranche, in welcher das Telemarketing bereits zu einem wichtigen Pfeiler geworden ist.

e) Fragliche technische Machbarkeit und hohe Realisierungskosten

Die technische Realisierbarkeit von Mechanismen zur Durchsetzung eines Verbotes des Telemarketing ist äusserst fraglich. Es ist davon auszugehen, dass kein Operator in der Lage ist, gesamtschweizerisch, d.h. in den drei Landessprachen, den gesamten über ihn abgewickelten Datenverkehr auf Werbeinhalte hin zu überwachen. Die Implementierung eines Telemarketing-Verbotes wäre in jedem Fall äusserst aufwendig und würde zu hohen Realisierungskosten führen.

f) Ersetzung des "Opt-in"-Modells durch ein "Opt-out"-Modell als Gebot der Verhältnismässigkeit

Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass unter den verschiedenen zur Verfügung stehenden Massnahmen jene zu ergreifen ist, welche den kleinstmöglichen Eingriff in die Rechtsstellung von betroffenen Dritten darstellt. Ein "Opt-out"-Modell, welches es dem Adressanten erlauben würde, sein E-mail-account auf eigene Intervention hin für ungewünschte elektronische Werbung zu sperren, würde zu einer wesentlich geringeren Anzahl Sperrungen führen und wäre somit auch in organisatorischer Hinsicht erheblich einfacher zu handhaben als das vorgesehene "Opt-in"-Modell. Das „Opt-out“-Modell hat sich z.B. auch bei sog. Wurfsendungen (d.h. in Briefkästen eingeworfenen Drucksachenwerbung)

durchgesetzt, wonach diejenigen einen Kleber an ihrem Briefkasten befestigen, welche keine Wurfsendungen wünschen.

g) Verbot unvereinbar mit einer liberalen Wirtschaftsordnung

Ein generelles Verbot von Telemarketing, wie es der Wortlaut des Spamming Artikels zur Folge hätte, ist mit einer liberalen Wirtschaftsordnung unvereinbar. Der Konsument hat ein Recht darauf, über Waren- und Dienstleistungsangebote orientiert zu werden, ungeachtet dessen, ob die Werbung in herkömmlicher oder elektronischer Form übermittelt wird. Der Konsument sollte selber darüber entscheiden können, welche Formen der Werbung er akzeptiert und welche er zurückweist. Der Gesetzgeber hat keine Veranlassung, diesen Entscheid im Sinne einer gesetzlichen Fiktion für den Konsumenten zu treffen.

Wir bitten Sie, die obigen Argumente bei der Ausarbeitung der definitiven Revisionstextes gebührend zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

Karl Steinke,
Geschäftsführer N Tel Com GmbH