

BAKOM
Bundesamt für Kommunikation
Herr Peter Fischer
Zukunftsstrasse 44
Postfach
2501 Biel

Email: fmg@bakom.admin.ch

Zürich, 16. Oktober 2002

Revision des Fernmeldegesetzes

Sehr geehrter Herr Fischer

Der Revisionsentwurf des Fernmeldegesetzes (FMG) enthält am Rande auch äusserst gravierende Änderungen bezüglich der Direktwerbung. Der Dachverband Schweizer Werbung SW erlaubt sich deshalb, zu dem Entwurf die nachfolgenden Anmerkungen anzubringen. Gemäss Ihrer telefonischen Bestätigung vom 4. Oktober 2002 ist das Nachreichen dieser Stellungnahme innert einer Woche nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist vom 15. Oktober 2002 unproblematisch.

I. UNGENÜGENDE VERNEHMLASSUNG

1. Obwohl die beabsichtigte Revision einschneidende und weitreichende Änderungen bezüglich des Direktmarketings enthält, wurde vom BAKOM kein einziger Verband aus der Branche der kommerziellen Kommunikation zur Vernehmlassung eingeladen. Aus diesem Grund war es auch dem Dachverband Schweizer Werbung SW nicht möglich, sorgfältige und breit abgestützte interne Abklärungen vorzunehmen.

2. Sollte es die Ansicht des BAKOM sein, dass betroffene Verbände und Parteien nicht mehr direkt angeschrieben werden müssen, sondern eine Einladung zur Stellungnahme mittels Pressemitteilungen und Publikation im Internet genügt, so wäre diese Regel einheitlich zu handhaben. Es stellt eine unzulässige Ungleichbehandlung dar, wenn einzelne Verbände und Parteien persönlich eingeladen werden, andere Verbände, deren Interessen offensichtlich betroffen sind, hingegen nicht. Das Vernehmlassungsverfahren stellt im Rahmen des demokratischen Gesetzgebungsprozesses einen zu elementaren Bestandteil dar, als dass mit dessen Regeln willkürlich umgegangen werden darf.
3. Des Weiteren ist festzuhalten, dass die Änderungen betreffend Direktmarketing in keinerlei Zusammenhang stehen mit dem eigentlichen Anliegen der Revision, nämlich der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes und dem direkten Zugang zu den Teilnehmerinnen und Teilnehmern. Dementsprechend sind die Vernehmlassungsadressaten und die betroffenen wirtschaftlichen Interessen völlig unterschiedlich. Aus diesen Gründen beantragt die Schweizer Werbung SW das Folgende:

Es seien die Änderungen von Art. 45a Fernmeldegesetz und Art. 3 lit. n UWG aus der vorliegenden Fernmeldegesetzrevision auszuklammern und die entsprechenden Änderungen zum Gegenstand eines separaten Revisionsvorhabens zu machen.

II. INHALTLICHE ANMERKUNGEN

4. Für den Fall, dass trotz der gravierenden Bedenken gemäss Kapitel I. dieser Stellungnahme daran festgehalten wird, neue Regelungen für das Direktmarketing im Rahmen des laufenden Revisionsverfahrens zu behandeln, so erlaubt sich die Schweizer Werbung SW die folgenden Anmerkungen zum beabsichtigten Gesetzestext:
5. Die Schweizer Werbung SW ist ebenfalls der Ansicht, dass es sinnvoll ist, das Spamming von Emails rechtlich zu erfassen und zu regeln. Das Email-Spamming scheint auch Grundlage und Motivation für die vorgeschlagenen Regelungen zu sein. Die Vorschläge gehen aber weit über das hinaus, was nötig ist, um die Interessen der Konsumenten zu wahren.

6. Im erläuternden Bericht zu den Vernehmlassungsunterlagen haben die Erklärungen zu den geplanten Änderungen betreffend Direktmarketing nur marginale Bedeutung. Die Erläuterungen sind sehr kurz und oberflächlich ausgefallen. Dabei wird verkannt, dass mit den vorgeschlagenen Änderungen ein verfassungsmässig garantiertes Recht, nämlich die Werbefreiheit als Teil der Wirtschaftsfreiheit, eingeschränkt werden soll. Auch deshalb ist es gerechtfertigt, eine breit abgestützte Vernehmlassung und inhaltlich sorgfältige Abklärungen durchzuführen.
7. Der neue Artikel 3 lit. n UWG sieht ein allgemeines „Opt-in“-Modell vor und stützt sich dabei auf Art. 13 der Europäischen Datenschutzrichtlinie. Es fehlen aber Ausführungen und Abklärungen dazu, welchen Anwendungsbereich die Europäische Datenschutzrichtlinie und der genannte Artikel dieser Richtlinie überhaupt haben. Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation behandelt nur die Verarbeitung personenbezogener Daten. Es fragt sich, ob zum Beispiel der Emailversand an Emailadressen ohne identifizierenden Namensbestandteil wie „info@werbung.com“ per se schon als Verarbeitung personenbezogener Daten gilt. Nicht geklärt wird ebenfalls, in welchem Verhältnis die Regelungen der Fernabsatzrichtlinie und der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, welche bereits Bestimmungen zum Direktmarketing enthalten, und die Regelungen der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation zueinander stehen.
8. Die beabsichtigte Änderung des UWG erfasst nicht nur die Verarbeitung personenbezogener Daten sondern regelt ganz allgemein die Verwendung von Telekommunikationsmitteln. Und selbst die neue Datenschutzrichtlinie sieht ein Opt-in nur für automatische Anrufmaschinen, Faxgeräte und elektronische Post vor. Die geplante Änderung geht daher über die Regelung in der EU hinaus, da sie sämtliche Telekommunikationsmittel erfasst (insbesondere auch das Telefon).
9. Jede Einschränkung eines verfassungsmässig garantierten Rechtes muss verhältnismässig sein. Die vorgeschlagene Regelung entspricht dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht. Die Schweizerische Lauterkeitskommission überarbeitet zur Zeit ihre Regelungen betreffend Direktmarketing. Der aktuelle Entwurf einer neuen Regelung sieht wie folgt aus:

„Grundsatz 4.4 (Aggressive Verkaufsmethoden im Fernabsatz)

¹Verkaufsmethoden im Fernabsatz sind kommerzielle Kommunikationen, die sich mittels persönlicher Adressierung an individuelle Personen richten,

²Sie gelten als aggressiv und damit als unlauter,

- wenn die empfangende Person im voraus unmissverständlich erklärt hat, keine kommerzielle Kommunikation erhalten zu wollen (z.B. durch Eintrag in der Robinsonliste des Schweizer Direktmarketing Verbandes SDV oder durch Registereintrag mit Sternmarkierung); besteht zwischen Anbieter und Abnehmer eine Kundenbeziehung, darf der Anbieter bis auf ausdrücklichen Widerruf das Einverständnis des Abnehmers voraussetzen;
- wenn die empfangende Person nach einer ersten Kontaktnahme unmissverständlich erklärt hat, keine kommerzielle Kommunikation mehr erhalten zu wollen (z.B. Refusé per Post, Meldung per Email);
- wenn es die versendende Person unterlässt, dem Empfänger mit dem gleichen Kommunikationsmittel eine einfache Erklärungsmöglichkeit anzubieten, keine weitere kommerzielle Kommunikation erhalten zu wollen (z.B. Wahloption auf der Website, wirksamer „unsubscribe“ Link).“

10. Eine solche oder ähnliche Bestimmungen würden dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz besser entsprechen und schützen dabei auch die Interessen der Konsumenten. Jede Person, die keine kommerzielle Kommunikation erhalten will, hat damit die einfache Möglichkeit, diesen Willen durch Eintrag in eine Robinsonliste allgemein kund zu tun. Wer generell keine kommerzielle Kommunikation erhalten will, hat demgemäss nur einen Eintrag in die Robinsonliste vorzunehmen. Dieses einfache Entscheiden und präventive Handeln kann von einem Konsumenten verlangt werden. Das vorgeschlagene Opt-In-Modell würde es verunmöglichen, dass auch seriöse und anerkannte Formen des Direktmarketings weiter genutzt werden können. So würde es zum Beispiel den schweizerischen Verlagshäusern verunmöglicht, neue Abonnenten mittels Telefonwerbung zu gewinnen. Diese Form des Telefonmarketings der Verlagshäuser besitzt in der Schweiz eine lange und anerkannte Tradition und hat zu keinerlei Beanstandungen geführt.
11. Aufgrund der noch vielen offenen Fragen und der kurzen Zeit zur Vernehmlassung ist es der Schweizer Werbung SW nicht möglich, einen eigenen Formulierungsvorschlag für die Revision von Art. 3 UWG zu unterbreiten. Die Schweizer Werbung

SW ist grundsätzlich der Ansicht, dass eine Regelung wie zum Beispiel der obgenannte Entwurf des neuen Grundsatzes 4.4 der Schweizerischen Lauterkeitskommission das Verhältnismässigkeitsprinzip, die Interessen der Wirtschaft und die Interessen der Konsumenten besser berücksichtigt als der vorgeschlagene Art. 3 lit. n UWG.

12. Bezüglich der Änderung des Art. 45a FMG beantragt die Schweizer Werbung SW, diesen Artikel vollumfänglich und ersatzlos aus dem FMG zu streichen. Wie zum Beispiel auch der Verband SIMSA/IGEM in seiner Stellungnahme treffend nachgewiesen hat, würden die Anbieter von Fernmeldedienstleistungen durch eine solche Regelung ungebührlich benachteiligt.

Der Verband Schweizer Werbung SW ist gerne bereit, im Rahmen zukünftiger Abklärungen, Vernehmlassungen und anderen Arbeiten betreffend Einführung eines Regelungsrahmens für das Direktmarketing mitzuarbeiten. Für die Kenntnisnahme dieser Stellungnahme bedanke ich mich bestens.

Mit freundlichen Grüssen

Schweizer Werbung SW

Dr. Marc Schwenninger