

Bundesamt für Kommunikation
Zukunftstrasse 44
Postfach
2501 Biel

Zürich, 30. September 2002

**Vernehmlassung zur Änderung des FMG:
Stellungnahme zu den Bestimmungen betreffend kommerzielle Kommunikation**

Sehr geehrte Damen und Herren

Die swiss interactive media and software association (simsa) kommt hiermit Ihrer Einladung zur Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung des Fernmeldegesetzes nach.

Vorweg ist zu bemerken, dass die simsa auf eine eigene Stellungnahme zur vorgeschlagenen Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse verzichtet. Wir verweisen diesbezüglich auf die Stellungnahmen von economiesuisse und SICTA.

simsa hat als führender Verband für Internet und neue Medien ein hohes Interesse an einer sachgerechten Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens für kommerzielle Kommunikation und des Schutzes des Publikums vor unerwünschten Werbemitteilungen. Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich daher auf die vorgeschlagenen Änderungen des Fernmeldegesetzes in Art. 45a FMG und der damit einhergehenden Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in Art. 3n UWG. Wir haben für den Zweck dieser Vernehmlassung gemeinsam mit Vertretern der Interessengemeinschaft elektronische Medien (IGEM) eine ad hoc Arbeitsgruppe gebildet. Die Zusammensetzung dieser Arbeitsgruppe entnehmen Sie der Beilage. Die einzelnen Mitglieder sind gerne bereit, bei Bedarf ergänzende Auskünfte zu den von ihnen vertretenen Fachbereichen zu erteilen.

Zu den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Art. 45a FMG (Pflichten der Fernmeldedienstanbieter)

Wir beantragen, diese Bestimmung **vollumfänglich und ersatzlos zu streichen**, da sie die Anbieter von Fernmeldedienstleistungen ungebührlich benachteiligt.

Einmal mehr besteht hier die Gefahr, dass die Anbieter von Fernmeldedienstleistungen für unerlaubte bzw. unerwünschte Handlungen Dritter in die Pflicht genommen werden (vgl. die seit langem andauernde Diskussion um die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Access Provider für die Verbreitung rechtswidriger Inhalte). Die schwierige Frage der Verantwortlichkeit der Provider in Strafrecht, Verwaltungsrecht und Zivilrecht wird gegenwärtig durch eine interdisziplinäre Expertengruppe geprüft. Im Herbst 2003 soll diese ihre Empfehlungen vorlegen und es ist unseres Erachtens falsch, im FMG im heutigen Zeitpunkt eine singuläre Verpflichtung der Fernmeldedienstanbieter zu stipulieren.

Abgesehen von diesen grundsätzlichen Bedenken auferlegt die vorgeschlagene Formulierung den Anbietern von Fernmeldedienstleistungen **Pflichten, die in der Praxis gar nicht erfüllt werden können**. Angeknüpft wird an kommerzielle Kommunikation, für die keine vorgängige Zustimmung vorliegt oder bei der keine Geschäftsbeziehung zwischen Absender und Empfänger besteht. Wie könnte der Dienstanbieter jemals mit vernünftigen Aufwand feststellen, wer wem welche Zustimmung erteilt hat oder wer mit wem eine Geschäftsbeziehung unterhält? Überdies sind die Pflichten durch den Wortlaut „geeignete und zumutbare Massnahmen“ unklar umschrieben, was zu Rechtsunsicherheit führen würde. Schliesslich verursacht jede zusätzliche Überwachungs- und Interventionspflicht Zusatzkosten, was die einheimischen Anbieter gegenüber solchen im Ausland benachteiligt.

Niemand bestreitet, dass der massenweise Versand von E-Mails ein grosses Ärgernis darstellt. Leidtragende sind aber nicht zuletzt gerade die Fernmeldedienstanbieter, weil bei ihnen – und nicht etwa beim Absender – die Kosten anfallen. Auch bekommen sie letztlich den Ärger ihrer Kunden zu spüren. Aus diesen Gründen ergreifen die Provider schon heute aus eigenem Interesse Massnahmen, um den Massenversand von Mails durch ihre Kunden bzw. an ihre Kunden zu unterbinden. Wer dies nicht tut, verliert Kunden, weshalb sich der Markt hier letztlich selber regelt. **Die Festschreibung einer Überwachungs- und Interventionspflicht und deren Ausdehnung auf die Individualkommunikation sind daher weder erforderlich noch geeignet, unerwünschte kommerzielle Kommunikation zu unterbinden.**

2. Art. 3n UWG (Unlauterkeit von unerwünschter kommerzieller Kommunikation)

simsa befürwortet eine Regulierung unerwünschter kommerzieller Kommunikation durch Mittel der Telekommunikation (insbesondere E-Mail, sogenanntes Spam) im UWG. Die Zunahme unerwünschter E-Mail zu Marketingzwecken behindert letztlich den Einsatz elektronischer Kommunikation und hintertreibt auch die Bemühungen seriöser Anbieter von kommerzieller Kommunikation, das neue Medium verantwortungsbewusst und im Interesse der Konsumenten einzusetzen. Allerdings sind wir der Auffassung, dass der vorgeschlagene Wortlaut einerseits unvollständig (fehlende Pflicht zur Identifizierung des Absenders) und andererseits ungeeignet formuliert ist (Kumulation der Anforderung des Opt-In mit jener der bestehenden Geschäftsbeziehung). Wir gestatten uns daher, Ihnen nachstehend einen eigenen Formulierungsvorschlag (in zwei Varianten) zu unterbreiten.

Einführung einer Identifikationspflicht erforderlich

Unabhängig davon, ob das Opt-In oder das Opt-Out System festgeschrieben werden, muss eine allgemeine Identifikationspflicht für elektronische kommerzielle Kommunikation vorgesehen werden. Nur auf diese Weise kann der Adressat Rechtsansprüche geltend machen und beispielsweise auch eine einmal erteilte Zustimmung widerrufen.

Wir unterbreiten folgenden Formulierungsvorschlag für einen neuen Art. 3 lit. o UWG:

Unlauter handelt insbesondere,

o) wer gegenüber dem Empfänger einer durch Telekommunikationsmittel übermittelten kommerziellen Kommunikation die Angabe der Identität des Absenders sowie einer gültigen Adresse unterlässt, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung weiterer Mitteilungen richten kann.

Opt-Out Prinzip mit „Robinsonliste“ genügt

Wir erachten die Einführung eines strikten Opt-In Systems als unsachgemäss, da dieses auch seriösen Unternehmen verunmöglicht, auf legale Weise einen Erstkontakt zu potentiellen neuen Kunden herzustellen. Gleichzeitig stellt es kein wirksames Mittel gegen das Problem

des Massenversands von E-Mail durch unseriöse Marktteilnehmer dar. Solche verschleiern häufig ihre Identität oder agieren aus Ländern, in denen sie nicht zur Rechenschaft gezogen werden können.

Die simsa hält daher die Beibehaltung des Opt-Out Prinzips für gerechtfertigt, spricht sich jedoch für die Einführung einer zentralen Liste (analog der sog. Robinson-Liste in der EU-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31/EG) aus, welche von einer vom Bundesrat zu nennenden Institution geführt werden soll. Der Eintrag einer Adresse in dieser Liste ist der im Einzelfall erklärten Verweigerung von kommerzieller Kommunikation („Opt-Out“) gleichgestellt. In Kombination mit der vorstehend umschriebenen Identifikationspflicht erachten wir diese Lösung als genügend. Sie stellt sicher, dass jeder Adressat entweder gar nicht (bei Eintrag in die Robinsonliste) oder nur einmal (bei Inanspruchnahme des Opt-Out gegenüber dem betreffenden Absender) mit unerwünschter kommerzieller Kommunikation konfrontiert wird. Schlüssel zu dieser Lösung ist allerdings die Führung der Robinsonliste durch eine vertrauenswürdige geeignete Institution. Gerne würden wir diesbezüglich bei Bedarf Hilfestellung leisten.

Wir unterbreiten nachstehend folgenden Formulierungsvorschlag für Art. 3 lit. n UWG:

Unlauter handelt insbesondere,

n Wer Telekommunikationsmittel zum Zweck der kommerziellen Kommunikation bei Personen verwendet, welche dies abgelehnt haben. Einer Ablehnung gleichgestellt ist die Eintragung in einer zentralen Liste für Personen, welche keine nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation erhalten möchten. Der Bundesrat hat die zur Führung dieser Liste verantwortliche Institution zu bestimmen und zu überwachen.

Eventualantrag: Opt-In Prinzip mit jederzeitiger Opt-Out Möglichkeit

Wir sind uns allerdings durchaus bewusst, dass aufgrund der Rechtslage in der EU und angesichts des Drucks von Konsumentenseite (der allerdings nicht immer mit sachgerechten Argumenten aufgebaut wird) eine Opt-In Regelung möglicherweise nicht verhindert werden kann. Im Sinne eines Eventualantrages unterbreiten wir daher nachstehend eine Formulierung, die das Opt-In Prinzip unseres Erachtens sinnvoll umschreiben würde. Einzelne Mitglieder der Arbeitsgruppe hätten einer generellen Einführung des Opt-In Prinzips den Vorzug gegeben.

Wir halten die vorgeschlagene Umsetzung insbesondere im Bereiche der Ausgestaltung der Ausnahmeregelungen für bestehende Geschäftsbeziehungen allerdings für lückenhaft und ungenügend. Wir unterbreiten daher folgenden Alternativvorschlag für Art. 3 lit. n UWG:

Unlauter handelt insbesondere,

n Wer Telekommunikationsmittel zum Zweck der kommerziellen Kommunikation bei Personen verwendet, ohne deren vorherige Zustimmung einzuholen. Die Einholung einer vorherigen Zustimmung ist nicht zwingend, wenn bereits eine Geschäftsbeziehung zwischen dem Absender der kommerziellen Kommunikation und dem Empfänger besteht, vorausgesetzt es handelt sich bei der Mitteilung um Kommunikation für eigene Produkte und Dienstleistungen des Absenders. Der Absender muss dem Empfänger mit jeder neuen Mitteilung ermöglichen, per sofort und kostenlos weitere kommerzielle Kommunikation zu untersagen.

Auf weitere denkbare Einschränkungen (wie beispielsweise in zeitlicher Hinsicht auf „anhaltende“ oder „aktuelle“ Geschäftsbeziehungen oder in sachlicher Hinsicht auf „ähnliche“ Produkte und Dienstleistungen) haben wir bewusst verzichtet. Durch die jederzeitige Möglichkeit, weitere Kontaktaufnahmen zu untersagen ist das Schadenspotential beim Empfänger gering, selbst wenn die Geschäftsbeziehung mehrere Jahre zurückliegen sollte. Auf die Einführung unbestimmter und damit interpretationsbedürftiger Begriffe wie „ähnliche Produkte und Dienstleistungen“ (wie beispielsweise in Art. 13 II der Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002) ist im Interesse der Rechtssicherheit zu verzichten. Auch diesbezüglich ist das Schadenspotential angesichts der bestehenden Opt-Out Option gering.

Gerne hoffen wir, dass unsere Vorschläge bei der Überarbeitung des Gesetzesentwurfes Berücksichtigung finden und stehen Ihnen für ergänzende Auskünfte zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

simsa swiss interactive media and software association



Dr. Rolf Auf der Maur

Vizepräsident

Beilage: Zusammensetzung der Ad hoc Projektgruppe simsa/IGEM

Zusammensetzung der Ad hoc Projektgruppe „Vernehmlassung FMG“ simsa/IGEM

Dr. Rolf Auf der Maur	Rechtsanwalt, Vizepräsident, simsa swiss interactive media association, Zürich
Marcel Bosshard	Managing Director, Publimedia webadvertising AG, Zürich
Dr. Ingo Buse	Head Regulatory & Public Affairs, Cablecom GmbH, Zürich
Markus Gabriel	Geschäftsführer, Angelink, Zürich
Bettina Gubler	Rechtsanwältin, Tamedia AG, Zürich
Lic. iur. Claudia Keller	VISCHER, Anwälte und Notare, Zürich
Simon Müller	Fürsprecher, Franz A. Zölch & Partner, Bern
Martin Radelfinger	Managing Director AdLINK Internet Media AG, Zürich
Rémy Sager	Managing Partner, Nemuk AG, Zürich
Lic.iur. Ursula Uttinger	CRM Development Manager, Winterthur Insurance, Wallisellen
Urs Wolfensberger	Managing Director, MMXI Switzerland, Zürich