

**Stellungnahme**  
**zur Regelung von Werbenachrichten in § 7 UWG-Kabinettsentwurf**  
**sowie zur diesbezüglichen Stellungnahme des Bundesrates**

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V., BITKOM, nimmt mit dieser Stellungnahme Bezug auf die Regelungen zum Versand von Werbenachrichten in § 7 des Kabinettsentwurfs zum UWG vom 7. Mai 2003 sowie die diesbezüglichen Anmerkungen des Bundesrates in seiner Stellungnahme vom 20. Juni 2003.

**Anmerkungen zum Regierungsentwurf**

BITKOM begrüßt die vom letzten Arbeitsentwurf zum Referentenentwurf vorgenommenen Veränderungen bei den Regelungen zu Werbenachrichten. Ein richtiger Schritt ist vor allem die nun in § 7 Abs. 3 enthaltene Umsetzung der Privilegierung von Werbenachrichten innerhalb bestehender Kundenbeziehungen, wie sie in Art. 13 Abs. 2 der europäischen Richtlinie zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation vorgesehen ist.

Bei der Umsetzung erscheinen allerdings noch einige kleinere Korrekturen geboten.

- Klarstellungsbedarf besteht hinsichtlich des Begriffs der „elektronischen Adresse“. Unklar erscheint, ob hiervon auch Rufnummern, etwa im Mobilfunk, erfasst sind. Grundsätzlich wäre zwar zu begrüßen, wenn der in Art. 13 der EU-Richtlinie enthaltene angemessene Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Werbewirtschaft und dem Verbraucherschutz auch im Mobilfunkbereich gälte. Zu beachten wäre dabei allerdings, dass eine Reihe der in § 7 Abs. 3 enthaltenen Forderungen bei Werbenachrichten im Mobilfunk rein faktisch nicht eingehalten werden können. Die geringe Größe des zur Verfügung stehenden Displays und speziell beim SMS-Service darüber hinaus auch die technische Begrenzung der Nachrichtenlänge (160 Zeichen insgesamt) erlaubt es nicht, neben dem eigentlichen Inhalt umfangreiche weitere Informationen in die Nachricht aufzunehmen. Wenn also auch Nachrichten im Mobilfunk als elektronische Nachrichten im Sinne des § 7 Abs. 3 gelten, muss zumindest die Verpflichtung zur Angabe des Absenders dahingehend konkretisiert werden, dass hier die Angabe der Absenderrufnummer genügt.

- Eine Sondersituation ergibt sich bei Mobilfunknachrichten im Unterschied zum Internet auch bei dem nach dem Wortlaut des Regierungsentwurfs geforderten Hinweis auf die Widerspruchsmöglichkeit. Sie kann ebenfalls wegen der begrenzten Nachrichtengröße nicht in die Nachricht selbst integriert werden, wie dies der Gesetzestext allerdings zu fordern scheint. Es bliebe anderenfalls kein Platz für die eigentliche Nachricht. Die in diesem Fall daher notwendige Versendung gleich mehrerer SMS würde dem Regelungszweck nicht dienen, sondern gerade zuwiderlaufen. Es sollte daher eine an der europäischen Vorgabe orientierte Formulierung gefunden werden. Diese lässt es ausreichen, dass die „Kunden klar und deutlich die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung [...] abzulehnen.“ Die europäische Regelung fordert mit dieser Formulierung im Unterschied zum deutschen Gesetzentwurf nicht zwangsläufig den ausdrücklichen Hinweis auf die Widerspruchsmöglichkeit unmittelbar in der Werbenachricht. Die deutsche Regelung sollte schon im Interesse einer einheitlichen Umsetzung in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union an die europäische Vorgabe angepasst werden.
- Zu überdenken ist die Definition des in § 7 Abs. 3 verwandten Begriffs „Unternehmer“. Bislang nimmt § 2 Abs. 2 des Regierungsentwurfs zum UWG insoweit Bezug auf die Definition des BGB. Dies erscheint für das UWG jedoch nur bedingt geeignet. Jedenfalls im Rahmen der Regelung elektronischer Werbenachrichten kommt es nicht auf die – oft zufällige – juristische Gestaltung der Rechtspersönlichkeiten des Unternehmens an. Vielmehr ist hier eine wirtschaftliche Betrachtung heranzuziehen und das Vorliegen eines Unternehmens nach wirtschaftlichen Zusammenhängen zu prüfen. Danach muss auch ein Konzern als *ein* Unternehmen gewertet werden. Dies ist unter der Definition des BGB allerdings nicht möglich. Richtigerweise sollte deshalb stattdessen eine Bezugnahme auf die ebenfalls von wirtschaftlicher Betrachtungsweise geprägte Unternehmensdefinition in § 15 ff. Aktiengesetz erfolgen.
- Bei der Vorgabe in § 7 Abs. 2 Nr. 4 (sowie gleichlautend in § 7 Abs. 3 Nr. 2), dass der Empfänger einen Widerspruch gegen Werbesendungen erklären können muss, „ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen anfallen“, erscheint ebenfalls noch eine Klarstellung wünschenswert. Als „Basistarif“ müssen hier zunächst alle üblichen Kosten für das jeweilige Kommunikationsmedium gelten, also etwa Porto bei Brief/Postkarte, Verbindungsgebühren bei Telefon/Telefax, Kosten der Internet-Einwahl bei E-Mail. Dabei muss es grundsätzlich ausreichen, wenn dem Kunden *ein* Kommunikationsweg für den Widerspruch eröffnet wird, naheliegenderweise jener, über den auch die Werbenachricht versandt wurde. Sollte dieser dann allerdings einen anderen Weg wählen (z.B. durch Anwahl einer kostenpflichtigen Hotline), darf dies nicht zu Lasten des Unternehmens gehen. Diesem Ziel entspricht auch die Formulierung in § 7 Abs. 2 Nr. 4, wonach ein Verstoß nur vorliegt, wenn „keine“ solche Adresse angegeben ist. Bei § 7 Abs. 3 fehlt allerdings diese Eindeutigkeit, so dass eine Klarstellung - zumindest in der Gesetzesbegründung - erforderlich erscheint.

- Schließlich bedarf das Gesetz auch der Klarstellung, wer für wettbewerbswidrige Werbenachrichten verantwortlich sein soll. Dies kann jedenfalls nicht derjenige sein, der die entsprechende Nachricht nur übermittelt (also insbesondere die Betreiber von elektronischen Kommunikationsnetzen). Dem Gesetzentwurf fehlt diesbezüglich noch die notwendige Eindeutigkeit. Vielmehr führen Formulierungen in § 7 Abs. 2 Nr. 4 (wie auch in dem vom Bundesrat vorgeschlagenen § 7 Abs. 2 Nr. 3a) zu Unsicherheiten, wenn sie neben dem „Absender, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird“ (also dem eigentlich Werbetreibenden) offenbar noch andere Verpflichtete vorzusehen scheinen. Hier sollte entweder die Formulierung angepasst oder in einer generellen Anmerkung im Gesetz oder zumindest der Begründung der Anwendungsbereich der Regelung klargestellt werden, so dass die reinen Nachrichtenübermittler eindeutig aus dem Kreis der Verpflichteten ausgenommen sind.

### **Anmerkungen zur Stellungnahme des Bundesrates**

#### **■ Vorschlag zur Änderung des § 7 Abs. 2 Nr. 1**

Der Änderungsvorschlag ist zur Klarstellung des Gesetzesinhalts sachgerecht und wird daher von BITKOM unterstützt.

#### **■ Vorschlag zur Änderung des § 7 Abs. 2 Nr. 2**

Die Umstellung der Regelung für das Telefonmarketing auf eine Opt-out-Regelung erscheint geeignet, die beiderseits berechtigten Interessen der werbetreibenden Wirtschaft und der Nutzer bestmöglich auszugleichen. Auf diese Weise würde dieser Werbeform nicht – wie durch den Regierungsentwurf zu fürchten – im europäischen Vergleich die Existenzgrundlage in Deutschland weiter erschwert werden. Auch der Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken sieht die Notwendigkeit eines Verbotes des Telefonmarketings als aggressive Geschäftspraktik nur dann als gegeben an, wenn Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon (mithin gegen deren erklärten Willen) beworben werden. Selbstverständlich wird aber – wohl im Einklang mit dem EU-Vorschlag - sicherzustellen sein, dass der Endnutzer eine wirksame Widerspruchsoption hat und deren Ausübung auch von den Werbetreibenden berücksichtigt wird.

#### **■ Vorschlag zur Einfügung einer Nr. 3a in § 7 Abs. 2 UWG:**

Gegen die nach Vorstellung des Bundesrates in einer Nr. 3a aufzunehmende Verpflichtung zur Aufnahme von „Identität und gültige[r] Adresse des Absenders“ bestehen gerade mit Blick auf den Mobilfunk dieselben, oben bereits dargestellten Bedenken, dass umfangreiche Angaben neben der eigentlichen Nachricht wegen der geringen Größe des zur Verfügung stehenden Displays beim SMS-Service auch wegen der begrenzten Nachrichtengröße rein praktisch nicht realisierbar sind. Es müsste daher wenigstens klargestellt werden, dass als Identitäts- und Adressangabe des Absenders die Angabe eines geeigneten Kontaktdaten genügt, also etwa der Rufnummer, von der aus die SMS-Botschaft versandt wurde.

Hiermit könnte dem grundsätzlich richtigen Ziel der vorgeschlagenen Regelung, anonyme Werbesendungen zu verhindern, ebenfalls wirksam begegnet werden.

Im Falle bestehender Kundenbeziehungen, die eine Sonderregelung in § 7 Abs. 3 erfahren, ist jedenfalls das Erfordernis der Angabe einer umfangreichen Adresse überflüssig, da hier der Kunde schon über die vollständige Anschrift des Absenders verfügt. Es genügt daher sicherzustellen, dass der Kunde die Identität des Absenders eindeutig zuordnen kann.

#### ■ **Vorschlag zur Einfügung einer Nr. 04 in § 7 Abs. 2 UWG:**

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Nr. 04 geht wesentlich zu weit. Nach ihrer Formulierung wird jede Werbung ohne ausdrückliche vorherige Aufforderung erfasst, in der zur Nutzung von Rufnummern mit Tarifen oberhalb der Basistarife aufgefordert wird. Im Ergebnis verböte diese Regelung die Zusendung jeglicher unaufgeforderter Botschaften (egal über welches Medium, erfasst wäre auch die Postwurfsendung, oder ein Mailing), wenn in diesen zur Nutzung eines Shared-Cost oder Premium Rate Services aufgerufen wird. Hierdurch wäre etwa auch jede – im Übrigen vorschriftsgemäße – Werbesendung einer Fluggesellschaft oder einer Bank erfasst, die eine Rufnummer für Buchungen oder Transaktionen aus dem 0190/0900- oder auch 0180-Bereich angibt. Der neu ins Gesetz eingeführte Begriff der Botschaft beschränkt die Norm noch nicht einmal auf Werbung, sondern könnte auch jede andere geschäftliche Kommunikation erfassen, in der etwa auf eine Service-Hotline hingewiesen wird. Der Anwendungsbereich der Vorschrift in ihrer jetzigen Formulierung geht damit weit über das eigentlich anvisierte Regelungsproblem hinaus. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass mit dem neuen Mehrwertdienstegesetz gerade für den Bereich der sogenannten Premium- Rate-Dienste neue, enge Regeln geschaffen wurden, die eine ausgewogene Balance zwischen einem effektiven Verbraucherschutz und dem Angebot zulässiger Mehrwertdienste schaffen.

Generell sollte gelten, dass für legale Produkte auch legal geworben werden muss. Soweit also die Nutzung einer Rufnummer zu speziellen Tarifen nur der Abrechnung einer beworbenen Leistung dient, kann Werbung hierfür nicht verboten sein, sofern die übrigen gesetzlichen Vorgaben beachtet werden. Einzig die Nutzung von Premium-Rate-Nummern als Hürde für die Ausübung des Widerspruchsrechts gegen Werbesendungen durch den Kunden sollte unzulässig sein, um die – fraglos sehr ärgerliche – Missbrauchspraxis zu stoppen, bei der über die Zusendung von Werbenachrichten unter Hinweis auf eine Abbestellmöglichkeit unter einer Premium-Rate-Nummer Profit allein aus dem opt-out des Kunden geschlagen werden soll. Akzeptabel erscheint daher allein eine Regelung, wonach dem Kunden für die Übermittlung einer opt-out-Erklärung keine anderen als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen dürfen. Dies entspricht der bereits im Gesetzentwurf in § 7 Abs. 3 enthaltenen Regelung für Werbenachrichten in bestehenden Kundenbeziehungen.

#### ■ **Änderungsvorschlag zu § 7 Abs. 2 Nr. 4**

Die vorgeschlagene Änderung ist mit Blick auf die Definition von „Nachricht“ in § 2 Abs. 1 Nr. 4 zwar im Grunde zutreffend, doch besteht aus Sicht des BITKOM bei Verzicht auf das Beiwort „elektronisch“ im § 7 die Gefahr, dass es zu

Missverständnissen in der praktischen Anwendung kommt, weil der scheinbar selbst erklärende Begriff „Nachricht“ weiter als in § 2 definiert verstanden werden könnte. Der vom Bundesrat aufgezeigte Konflikt zwischen der Definition in § 2 und der Formulierung des § 7 Abs. 2 Nr. 4 sollte daher besser – und so auch im Einklang mit der europäischen Richtlinie – dadurch gelöst werden, dass an beiden Stellen der Begriff der „elektronischen Nachricht“ verwendet wird. Hierzu wäre § 2 Abs. 1 Nr. 4 des Regierungsentwurfs anzupassen.

Berlin, den 31.7.2003