Merkblatt für den Versand von Massenwerbung

1. Rechtsgrundlagen und Geltungsbereich

Die massgebende Bestimmung für den Versand von Massenwerbung ist im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)[[1]](#footnote-1) geregelt. Die Bestimmung erfolgte jedoch im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes (FMG), wurde allerdings aufgrund ihres Schutzzwecks für die Nutzer von Fernmeldediensten ins UWG aufgenommen[[2]](#footnote-2). Die Übermittler der Werbung werden ergänzend in Art. 45a FMG angesprochen, was jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags ist. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die Datenschutzbestimmungen, da beim Versand persönliche Daten des Empfängers, wie beispielsweise Name und Adresse, regelmässig bearbeitet werden.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG handelt unlauter, wer: Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen; wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen sendet.

Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG hat den Zweck, die unfreiwilligen Übermittler und Empfänger vor solchen unaufgeforderten Werbenachrichten (Spam oder Junkmail) zu schützen. Daher räumt diese Bestimmung den Empfängern solcher Massenwerbung das Recht ein, darüber mitzuentscheiden, ob sie derartige Werbung erhalten wollen oder nicht. Eine Verletzung dieser Bestimmung kann zivilrechtliche wie auch strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen.

2. Tatbestandsvoraussetzungen unlauterer Massenwerbung

Die Voraussetzungen für unlautere Massenwerbung ergeben sich aus folgenden Kriterien:

2.1. Fernmeldetechnische Versendung von Massenwerbung

a) Massenwerbung

**Massenwerbung** umfasst sämtliche Kommunikation, welche auf die Absatzförderung von Leistungen abzielt und welche nicht an einen ausgewählten Adressatenkreis gerichtet ist. So fallen beispielsweise nicht darunter rein informative Informationen (z.B. Bestellbestätigung; Information über den Versandstatus eines bestellten Produkts). Sobald aber eine solche rein informative Mitteilung auch Werbeelemente beinhaltet, fällt sie in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG.

Ferner muss es sich um eine **Automatisierung** des Versands handeln, um als Massenwerbung im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren. Es werden alle Arten der automatisierten Werbung erfasst, die fernmeldetechnisch übermittelt werden, wie beispielsweise automatisierte Anrufe, Fax, SMS, E-Mail, Pop-ups, Apps etc. Damit nicht erfasst werden Werbemitteilungen, die mit menschlichem Aufwand erfolgen, wie beispielsweise persönliche Werbeanrufe, personalisierte E-Mails an gezielte Empfänger; diese führen aufgrund des Aufwands zu weniger Missbrauch.

b) Fehlender direkter Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt

Ferner ist die Werbung unlauter, wenn sie **nicht** in direktem Zusammenhang mit dem vom Empfänger **angeforderten Inhalten** gesendet wird. Ein solcher Fall von direktem Zusammenhang mit den vom Empfänger angeforderten Inhalten liegt beispielsweise bei Werbung auf Internetseiten vor, da der Adressat zuerst selbst aktiv bestimmte Inhalte abfragen muss, bevor die Werbung erscheint, oder beim Mitmachen eines Newsletter-Versand-Programms, da der Adressat vorgängig dem Versand des Newsletters zustimmen muss.

c) Fernmeldetechnische Versendung

Des Weiteren muss es sich um eine **fernmeldetechnische Übermittlung** handeln. Dieser Begriff ist in Art. 3 lit. c FMG definiert als elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk und gilt gleichermassen auch für Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG. Im Vordergrund stehen somit insbesondere die Kommunikationsarten Telefonie (Festnetz oder Mobiltelefon), SMS, FAX, E-Mail oder beispielsweise direkte Werbebotschaften über Apps wie etwa WhatsApp. Hingegen nicht erfasst sind die gedruckte Werbung oder Aussenwerbung (Out-of-home-Werbung), mithin Werbung im öffentlichen Raum.

2.2. Pflichten des Werbetreibenden für zulässige Massenwerbung

Sofern eine bestimmte Werbemitteilung unter Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG fällt, hat der Werbetreibende die dort angegebenen und nachfolgend aufgeführten Kriterien **kumulativ** (alle zugleich) zu erfüllen, damit die Werbung **zulässig** ist.

d) Vorherige Einholung der Einwilligung der Kunden

Vor dem Versand von Massenwerbung ist immer die **Zustimmung** der Empfänger einzuholen (sog. Opt-in-Modell). Möglich, jedoch nicht vorgeschrieben ist auch ein Double-Opt-in-Prozess, bei dem eine Bestätigung per E-Mail durch den Empfänger eingeholt wird. Das Gesetz schreibt keine Form für die Zustimmung vor. Aus Beweisgründen ist es allerdings empfehlenswert, eine schriftliche Zustimmung (auch in elektronischer Form) einzuholen und diese zu dokumentieren.

Hat der Absender die Kontaktinformationen des Empfängers beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen erhalten, und enthält die Massenwerbung ein ähnliches Angebot wie der bereits getätigte Verkauf, ist die Einholung der Zustimmung **nicht erforderlich** (vgl. dazu mehr unter Ausnahmetatbestand, Punkt 3).

e) Angabe des korrekten Absenders

Der Absender von Massenwerbung muss immer seine **wahre und vollständige Identität** angeben. Zweck ist, dass der Empfänger der Werbung den Absender ermitteln und mit diesem in der vom Absender gewählten Form kommunizieren kann. Dazu gehören die üblichen Angaben zur Unternehmung wie Firma, Adresse, Ort, Telefon, ferner E-Mail und/oder Fax-Nr., sofern bei den letzteren zwei Angaben die Werbung per E-Mail oder per Fax versendet wurde. Bei fehlenden oder unvollständigen Angaben handelt der Werbetreibende unlauter.

f) Hinweis auf problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit

Der Absender hat dem Empfänger immer durch einen klaren und deutlichen Hinweis die Möglichkeit einzuräumen, den Empfang der Werbesendung **problemlos und kostenlos**,mithin ohne Aufwand und Kostenfolgen, **zu stoppen**. Die Ablehnung muss grundsätzlich auf demselben Kommunikationsweg möglich sein wie der Empfang (z.B. wird ein Newsletter per E-Mail versendet, so muss die Ablehnung mindestens auch per E-Mail möglich sein). In jedem Fall hat der Werbetreibende dem Empfänger der Werbung auf diese Ablehnungsmöglichkeit bei jeder Werbekommunikation klar und deutlich hinzuweisen.

Beispiele für Ablehnungsmöglichkeiten:

1. Zulässige Ablehnungsmöglichkeit bei Werbemails

Anbringen eines gut sichtbaren Abmeldelinks am Ende der E-Mail:

«Wenn Sie diesen Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten möchten, klicken Sie bitte hier.»

2. Zulässige Ablehnungsmöglichkeit bei Werbung per SMS

Anbringen des folgenden Hinweises am Ende der SMS-Nachricht:

«Falls Sie keine weiteren Informationen über unsere Dienste per SMS erhalten möchten, senden Sie bitte das Wort STOP an die Nummer XXX. »

3. Zulässige Ablehnungsmöglichkeit bei Werbung per Fax

Anbringen des folgenden Hinweises am Ende der Faxnachricht:

«Falls Sie keine weiteren Informationen über unsere Dienste per Fax erhalten möchten, senden Sie bitte das Wort STOP an die Faxnummer XX XXX XX XX. »

3. Ausnahmetatbestand

Der Ausnahmetatbestand in Art. 3 Abs. 1 lit. o Satz 2 UWG erweitert die Möglichkeiten der Werbung durch eine erleichterte Form, bei der Werbung ohne Einwilligungserfordernis versendet werden kann. Die übrigen Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. o Satz 1 UWG (wie korrekter Absender, Hinweis auf die Ablehnungsmöglichkeit) bleiben davon unberührt und müssen auch in diesem Fall für jede Werbekommunikation erfüllt sein.

3.1. Erhalt von Kontaktinformationen von Kunden beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen

Der Werbetreibende muss die Kontaktinformationen vom Kunden im Rahmen eines **Rechtsgeschäfts** erhalten haben, bei dem der Kunde eine Leistung (Ware, Werk, Dienstleistung oder andere Leistung) erhält. Geschäftsaktivitäten, die hauptsächlich auf das Sammeln von Kundendaten gerichtet sind (z.B. Gewinnspiele oder Wettbewerbe), fallen grundsätzlich nicht darunter. In diesen Fällen ist daher die Einholung der Zustimmung empfehlenswert.

3.2. Hinweis auf Ablehnungsmöglichkeit

Ferner muss der Kunde bei der Erhebung seiner Daten auf die **Ablehnungsmöglichkeit** hingewiesen werden. Dieser Hinweis muss in klarer Form erfolgen, sodass der Kunde tatsächlich darauf aufmerksam wird und diesen zur Kenntnis nimmt, damit er von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch machen kann.

3.3. Zulässigkeit der Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen ohne Einwilligung

Die Massenwerbung ist sodann nur zulässig für **eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen**. Sofern die Werbung Produkte betrifft, für die sich der Kunde bereits interessiert hat oder ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, darf die Werbung als im Interesse des Kunden angenommen werden.

4. Rechtsfolgen

Eine Verletzung dieser Bestimmung kann gemäss UWG zivilrechtliche wie auch strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. So stehen den klageberechtigten Betroffenen grundsätzlich folgende Möglichkeiten zu:

* Anspruch auf Unterlassung der verletzenden Werbeaktivitäten (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG)
* Anspruch auf Schadenersatz, wenn die Verletzung schuldhaft, d.h. absichtlich oder fahrlässig, erfolgt (Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. Art. 41 ff. OR).

Ferner können die klageberechtigten Betroffenen bei vorsätzlichem Handeln des Werbetreibenden Strafantrag stellen (Art. 23 UWG). Der Strafrahmen beträgt bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Busse.

Diese Rechte stehen in erster Linie den Empfängern der unerlaubten Werbemitteilung (Art. 10 Abs. 2 UWG) wie auch jedem, der durch die unlautere Werbung in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, mithin auch Konkurrenten des Werbetreibenden, zu (Art. 9 Abs. 1 UWG). Ebenfalls ein Klagerecht in diesem Bereich steht den Konsumentenschutzorganisationen zu, welche in der Praxis immer mehr an Bedeutung erlagen (Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG).

Diese Ansprüche richten sich in erster Linie gegen den Werbetreibenden, somit die Person, welche die unlautere Massenwerbung selbst versendet oder eine solche Versendung in Auftrag gibt. Ferner können auch Gehilfen, wie etwa Provider, in Anspruch genommen werden, sofern sie von der unlauteren Tätigkeit Kenntnis haben können und dennoch nicht einschreiten.

1. Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). [↑](#footnote-ref-1)
2. Vgl. die Ausführungen in der Botschaft zum Fernmeldegesetz (FMG), 7991. [↑](#footnote-ref-2)