

Die Seite der Schweizerischen Lauterkeitskommission / La page de la Commission Suisse pour la Loyauté

Richtlinie der Lauterkeitskommission zur neuen UWG-Bestimmung betreffend Sterneintrag (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG)

MISCHA SENN*

- I. **Einleitung**
- II. **Wortlaut der Richtlinie «Auslegung von UWG 3 Abs. 1 lit. u betreffend Sterneintrag»**
 - 1. «Vermerk im Telefonbuch»
 - 2. «Kunde»
 - 3. «keine Werbemitteilungen»
 - 4. «von Dritten»
- III. **Anmerkungen**
 - 1. Zur Entstehung
 - 2. Einzelne Tatbestandsmerkmale

I. Einleitung

Die letzte UWG-Revision hat unter anderen Tatbeständen eine Bestimmung zum Sterneintrag hervorgebracht (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG)¹. Dieser neue Untertatbestand lässt allerdings viele Fragen offen. Die Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK) sah sich daher veranlasst, diesen Tatbestand hinsichtlich verschiedener Punkte auszulegen.

Aufgrund der paritätischen Zusammensetzung der SLK wurden in der vorberatenden Arbeitsgruppe auch die Stellungnahmen und Eingaben der Vertreter von Konsumenten, Medien, Direktmarketing und Behörden einbezogen. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe wurde dem Plenum der SLK (Versammlung aller Kammer-Mitglieder) vorgelegt; dieses hat die Richtlinie am 7. November 2012 verabschiedet².

Nachfolgend an den Wortlaut der Richtlinie folgen Anmerkungen im Sinne von Kommentaren und Erläuterungen.

II. Wortlaut der Richtlinie «Auslegung von UWG 3 Abs. 1 lit. u betreffend Sterneintrag»

Per 1. April 2012 ist die folgende Bestimmung (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG) zum Telemarketing in Kraft getreten:

Unlauter handelt insbesondere, wer den Vermerk im Telefonbuch nicht beachtet, dass ein Kunde keine Werbemitteilungen von Dritten erhalten möchte und dass seine Daten zu Zwecken der Direktwerbung nicht weitergegeben werden dürfen.

Die einzelnen Tatbestandselemente dieser Bestimmung werden von der Schweizerischen Lauterkeitskommission wie folgt ausgelegt:

1. «Vermerk im Telefonbuch»

1.1 «Telefonbuch»

Die Fernmeldediensteanbieter sind verpflichtet, Telefonverzeichnisse zu führen (Art. 11 der Verordnung über Fernmeldedienste, FDV). Die Kunden dieser Fernmeldediensteanbieter haben das Recht, sich in

* Prof. Dr. iur., Vizepräsident der SLK

1 Diese Bestimmung ist seit 1. April 2012 in Kraft.

2 Siehe nachfolgend sowie unter: http://www.lauterkeit.ch/pdf/richtlinie_stern.pdf.

diese Verzeichnisse eintragen zu lassen (allenfalls mit Sternhinweisen), es besteht aber keine Pflicht dazu (Art. 88 Abs. 1 FDV). Basierend auf diesen fernmelderechtlichen Bestimmungen sind als «Telefonbuch» die Verzeichnisse der Telefonanbieter zu verstehen, welche direkt auf diesen sog. Primärverzeichnissen der Fernmeldediensteanbieter beruhen (z. B. die betreffenden Verzeichnisse der Swisscom Directories AG).

Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG begründet eine Prüfungspflicht in den Primärverzeichnissen, ob ein Sterneintrag vorliegt oder nicht. Das heisst weiter auch, dass der Sterneintrag z.B. bei directories.ch lauterkeitsrechtliche Wirkung entfaltet, selbst wenn die Quelle der für das Telefonmarketing verwendeten Daten nicht diese Primärverzeichnisse sind.

1.2 Wirkung des Sterneintrages

Aufgrund der Tatsache, dass das UWG den Schutz des fairen Wettbewerbs bezweckt (Art. 1 UWG) und dass es sich beim UWG-Tatbestand um eine Strafnorm handelt, wendet die Lauterkeitskommission Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG nur auf das Telefonmarketing resp. die explizit gekennzeichneten Adreselemente (z. B. auch Faxnummer) der angegebenen Person an.

Nach Auffassung der Lauterkeitskommission hat der Sterneintrag demnach keine lauterkeitsrechtliche Sperrwirkung für adressierte Werbung an die Postadresse (Briefkasten).

2. «Kunde»

Der Begriff «Kunde» ist in diesem Tatbestand unklar. Es wäre zweckwidrig, wenn wortwörtlich «Kunden» der Werbetreibenden nicht angerufen werden dürften, Dritte hingegen schon. Daher ist der Begriff «Kunde» mit «Abnehmer» gleichzusetzen, analog dem Sinngehalt wie zum Beispiel in Art. 3 Abs. 1 lit. f, g und h UWG.

Der Gesetzeszweck zielt auch auf den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Der Gesetzeswortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG reduziert die Anwendung der Bestimmung aber nicht auf Anrufe an Konsumentinnen und Konsumenten. Nach Ansicht der SLK ist dies aber bei der Würdigung der gesamten Umstände bei Anrufen im Bereich Business-to-Business (kaufmännischer Verkehr) angemessen zu berücksichtigen (siehe Ziff. 4). Soweit Unternehmen Werbeanrufe erhalten, deren Inhalt sich nicht von Anrufen an Konsumentinnen und Konsumenten unterscheidet, rechtfertigt sich eine Sonderbehandlung solcher Anrufe hingegen nicht.

3. «keine Werbemitteilungen»

Werbemitteilungen sind Anrufe an einen unbestimmten Adressatenkreis mit dem Zweck der Beeinflussung des Angerufenen mit Blick auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes (vgl. auch Grundsatz Nr. 1.2 der Lauterkeitskommission zur Definition des Begriffes «kommerzielle Kommunikation»). Soweit auf ein individuelles kommuniziertes Bedürfnis des Angerufenen reagiert wird, handelt es sich um keine Werbemitteilung, was beispielsweise bei Business-to-Business-Anfragen zu berücksichtigen ist.

Mit Bezug auf nicht verzeichnete Nummern besagt Art. C 16.5 der ICC-Rules (Konsolidierter Kodex der International Chamber of Commerce, ICC, Praxis der Werbe- und Marketingkommunikation), dass Konsumenten über nicht verzeichnete Nummern nur dann für kommerzielle Zwecke kontaktiert werden dürfen, wenn der Konsument die Nummer dem Marketer/Verkäufer oder Telefonmarketing-Betreibenden zu diesem Zweck mitgeteilt hat.

4. «von Dritten»

Im Rahmen aktueller Vertragsanbahnungsgespräche darf weiter telefonisch kontaktiert werden, soweit nach Einschätzung eines Durchschnittsadressaten davon ausgegangen werden darf, dass der potenzielle Vertragspartner noch interessiert sein könnte und der erste Kontakt rechtmässig erfolgte.

Liegt eine Zustimmungserklärung des Angerufenen vor (z.B. im Rahmen von Teilnahmebedingungen eines Gewinnspiels), so ist der Anrufer kein Dritter und der Anruf damit zulässig resp. lauter.

Ob der Anrufer weiter als Dritter im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG gilt, ist nach dem Verständnis eines Durchschnittsadressaten aufgrund der gesamten Umstände eines Einzelfalles zu beurteilen. Es fragt sich dabei, welcher Natur und Intensität die Beziehung zum Anrufer war resp. ist, damit der Anru-

fer vom Angerufenen nicht mehr als irgendein Dritter wahrgenommen wird. Eine Kundenbeziehung setzt, anders als nach Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG, nicht zwingend einen Vertragsschluss mit dem Angerufenen voraus; eine solche ergibt sich auch aus der Anbahnung eines Vertrags oder dessen Abwicklung. Im Rahmen der Gesamtwürdigung im Einzelfall ist auch die Gleichartigkeit der angebotenen Produkte (Waren und Dienstleistungen) zu berücksichtigen (für welche Produkte besteht oder bestand eine Kundenbeziehung und welche Produkte werden neu angeboten).

Ebenfalls in diese Abwägung einzubeziehen ist die zeitliche Komponente (z. B. wie lange liegt eine allfällige Kundenbeziehung zurück).

Des Weiteren ist nicht die rechtliche Struktur eines Konzerns für die Frage des Dritten relevant, sondern das Auftreten eines Unternehmens mit seinen Produkten auf dem Markt gegenüber den Abnehmern. Auch hier ist entscheidend: Wird der Anrufer vom Durchschnittsadressaten als derselbe Anbieter wahrgenommen, mit dem eine den Anruf rechtfertigende Beziehung besteht oder bestand.

III. Anmerkungen

1. Zur Entstehung

Die Bestimmung zum Sterneintrag wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen eingefügt, weshalb auf keine weiterführenden Materialien (z. B. Botschaft) zurückgegriffen werden kann. Hauptzweck dieser Bestimmung soll gemäss Antrag Savary³ ein besserer Schutz der Konsumenten vor telefonischen Werbeanrufen sein.

Der Antrag zum neuen UWG-Tatbestand stützt sich auf Art. 88 der Fernmeldeverordnung, wonach die in einem (Telefon-)Verzeichnis aufgeführten Kunden mittels Kennzeichnung (Stern) angeben lassen können, dass sie weder Werbemitteilungen von Dritten erhalten möchten noch ihre Daten zu Zwecken der Direktwerbung weitergegeben werden dürfen⁴.

Auch wenn auf teils bestehende Bestimmungen zurückgegriffen wurde, bleiben – wie eingangs erwähnt – einige Tatbestandsmerkmale des UWG-Wortlauts unklar⁵. Mit der Richtlinie wird im Sinne einer Auslegung versucht, einige Unklarheiten im Lichte der kommerziellen Kommunikation und damit aus werberechtlicher⁶ Sicht zu beseitigen. Klar ist dabei, dass diese Richtlinie ausserhalb der Tätigkeit der SLK keine verbindliche Wirkung beanspruchen kann, da sie – gleich den Grundsätzen der SLK – Teil der privaten Selbstregulierung darstellt. Immerhin könnte sie einen Beitrag zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG in der Praxis leisten. Soweit letztinstanzliche Entscheidungen danzumal zu anderen Auffassungen gelangten, wäre die Richtlinie im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung gegebenenfalls anzugleichen.

2. Einzelne Tatbestandsmerkmale

a) Vorbemerkung

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf Ergänzungen zum Wortlaut des Richtlinienartikels, soweit dies erforderlich schien.

b) Ziffer 1: «Vermerk im Telefonbuch»

Da bereits der Begriff *Telefonbuch* in der heutigen digitalen Kommunikation anachronistisch daherkommt, wird anstelle dieses Begriffes («Telefonbuch») auf den fernmelderechtlichen Terminus des (Telefon-) *Verzeichnisses* abgestellt.

Der Geltungsbereich («Wirkung des Sterneintrags») wird im Verständnis der SLK soweit auf das Telefonmarketing beschränkt, als der Stern in der Regel das Adresselement der Telefon-Nummer erfasst.

3 Vgl. Beratung im Ständerat: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4815/336882/d_s_4815_336882_336901.htm sowie im Nationalrat: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4817/347701/d_n_4817_347701_347702.htm.

4 Art. 88 Abs. 1 FDV.

5 Vgl. dazu auch A. Kut / D. Stauber, UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter vom 20. Februar 2012, 13 ff.; L. Bühlmann, Neue Vorgaben für Onlinehändler, MMR 4/2012, V.

6 Zu datenschutzrechtlichen Aspekten vgl. die Ausführung hinten zur Ziffer 1 [III.2.b, «Vermerk im Telefonbuch»].

Soweit sich ein Sterneintrag aber klar auf die Gesamtadresse bezieht, würde dies eine Sperrwirkung für alle Angaben zur Folge haben⁷.

c) Ziffer 2: «Kunde»

Wie bei anderen UWG-Bestimmungen ist auch hier der Begriff des *Kunden* missverständlich⁸, weshalb die SLK «Kunde» mit *Abnehmer* gleichsetzt, was zur Folge hat, dass auch Unternehmen (und nicht nur private Konsumenten) darunter fallen können.

d) Ziffer 3: «Werbemitteilungen»

Hier ist die Unterscheidung hinsichtlich der Art und Form einer Mitteilung massgebend. Ergibt eine Mitteilung an einen unbestimmten, d. h. nicht individuell bezeichneten Adressatenkreis, wird von Werbemitteilung gesprochen. Findet ein Kontakt mit einer bestimmten, d. h. individuell bezeichneten Person beispielsweise aufgrund einer konkreten Anfrage statt, ist in diesem Sinne nicht von Werbung zu sprechen, selbst wenn die Kontaktaufnahme kommerziell motiviert ist.

Klar bleibt im Übrigen, dass die Kontaktaufnahme nur dann zulässig ist, wenn die Telefon-Nummer überhaupt in einem Verzeichnis (ohne Sternvermerk) aufgeführt ist. Eine Kontaktaufnahme mit kommerziellem Zweck über anderswie erlangte Telefon-Nummern ist nur dann zulässig, wenn die Person ihre Zustimmung dazu gegeben hat⁹. Das kann beispielsweise aufgrund von AGB-Bestimmungen erfolgt sein¹⁰.

e) Ziffer 4: «Dritte»

Hier geht es um eine irgendwie bestehende «Beziehung» zwischen einem Anbieter und einem Abnehmer («Kunden»). Liegt keine Beziehung vor, ist der Anbieter ein Dritter. Von einer Beziehung kann insbesondere dann gesprochen werden, wenn zwischen den Beteiligten einst ein Vertragsverhältnis bzw. eine Vertragsanbahnung bestand oder nach wie vor ein Rechtsverhältnis besteht. Dann «kennen» sich die Beteiligten in dem Sinne, dass mindestens schon ein Kontakt bestand. Der Anbieter ist dann gegenüber dem Abnehmer kein (fremder) Dritter mehr.

Allerdings sollte die (erneute) Kontaktaufnahme in einem gewissen *Sachzusammenhang* und innerhalb einer bestimmten *Frist* erfolgen. Diese beiden *Kriterien* werden nicht näher festgelegt, sondern sind im Einzelfall angemessen zu berücksichtigen. Ist beispielsweise der Anbieter ein Konzern mit einer Vielzahl von unterschiedlichen Produkten, dann sollte die Kontaktaufnahme – gemäss dem Kriterium des Sachzusammenhangs – (nur) im Rahmen einer gewissen Gleichartigkeit der Produkte stattfinden. So wäre es nicht angebracht, einen bisherigen Abonnenten einer Autozeitschrift auch für ein Kosmetikjournal des gleichen Verlagshauses zu kontaktieren. Des Weiteren ist die Frist zu berücksichtigen, d. h. der Zeitablauf seit dem letzten Kontakt. Hier können zwar keine fixen Zeitangaben festgelegt werden, doch kann je nach konkreter Situation und Art des Produktes eine erneute Kontaktaufnahme innerhalb einer Frist von einem bis zu fünf Jahren seit dem letzten Kontakt noch angebracht sein.

7 Der EDÖB geht unabhängig von der Position des Sterns von einer generellen Wirkung aus, wie anlässlich eines Meinungsaustausches mit der SLK festgehalten wurde, (vgl. Tätigkeitsbericht EDÖB 2011/12, http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00509/01785/01809/index.html?lang=de&pr_int_style=yes).

8 Vgl. auch die Ausführungen im SHK-UWG, Bern 2010, UWG 1 N 32, 3 f N 62, UWG 3 g N 23, 3 h N 21, UWG 10 N 17.

9 Vgl. auch Abs. 2 von Ziffer 4 der Richtlinie.

10 Über die Problematik solcher Klauseln war in diesem Zusammenhang nicht zu befinden.