

Die Seite der Schweizerischen Lauterkeitskommission |

La page de la Commission Suisse pour la Loyauté



«Massenwerbung»

Entscheid der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLKE) vom 17. März 2021 (I. Kammer)

UWG 3 I o (Massenwerbung). Die SLK beurteilt ihr unterbreitete kommerzielle Kommunikationen unabhängig und frei; insbesondere kann sie eine Sache frei beurteilen, welche zuvor Gegenstand eines Strafverfahrens war (E. 5).

Hinsichtlich der Umschreibung von Massenwerbung als «Werbung, die automatisiert, d.h. ohne massgeblichen menschlichen Aufwand, erfolgt», ist die Automatisierung des Versands entscheidend. Erfasst wird demnach auch der einmalige automatisierte Versand einer geringen Anzahl von E-Mails. Ein Versand fällt des Weiteren auch dann unter den Begriff «Massenwerbung», wenn die Werbesendung zwar individualisiert ist, etwa durch eine persönliche Anrede, diese Individualisierung aber automatisiert erfolgt (E. 7).¹

Der Beschwerdeführer erhielt von der Beschwerdegegnerin wiederholt E-Mail-Werbung und beklagte sich bei dieser darüber. Da er mit der Antwort der Beschwerdegegnerin nicht zufrieden war, erhob er Ende November 2020 Beschwerde bei der SLK. Vorgängig reichte er gegen die Beschwerdegegnerin eine Strafanzeige basierend auf Art. 23 UWG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG ein. Die erstbehandelnde III. Kammer des SLK sistierte das Beschwerdeverfahren, da das Strafverfahren noch hängig war. Nachdem die SLK von der Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Kenntnis erhielt, wurde der Fall der nächsttagenden I. Kammer überwiesen. Diese hat die Beschwerde gutgeheissen und der Beschwerdegegnerin empfohlen, dem Beschwerdeführer keine Werbe-E-Mails mehr zuzusenden.

Erwägungen der I. Kammer:

1.
Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er wiederholt und trotz fehlender Zustimmung E-Mail-Werbung von der Beschwerdegegnerin erhalte, welche nicht den Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 lit. o des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) entspreche.

Mitgeteilt von **MISCHA SENN**, Prof. Dr. iur., Fachexperte und Vizepräsident der SLK, Zürich.

LCD 3 I o (Publicité de masse). La CCS évalue les communications commerciales qui lui sont soumises librement et de manière indépendante; elle peut en particulier évaluer librement un cas ayant fait antérieurement l'objet d'une procédure pénale (consid. 5).

S'agissant de la définition de publicité de masse en tant que «publicité réalisée de manière automatisée, c'est-à-dire sans intervention humaine considérable», le caractère automatisé de l'envoi est déterminant. Par conséquent, l'envoi automatisé unique d'un nombre restreint de courriels répond également à cette définition. En outre, un envoi relève également de la notion de «publicité de masse» s'il est certes personnalisé (par ex. au moyen d'une formule personnelle), mais que cette personnalisation est effectuée de manière automatisée (consid. 7)².

2.
Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass sie die E-Mail-Adresse des Beschwerdeführers öffentlich im Internet gefunden habe. Es habe sich um einzelne E-Mails an den Beschwerdeführer gehandelt, weil er aufgrund seiner Tätigkeit im Bereich PC-Support ein Interesse an einer Zusammenarbeit haben könnte. Es sei in der Sache auch ein Strafverfahren hängig, das Urteil stehe noch aus.

3.
Da in der vorliegenden Sache ein Strafverfahren war, wurde das Verfahren mit Beschluss der Dritten Kammer vom 20. Januar 2021 sistiert (Art. 16 Abs. 2 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission), bis ein rechtskräftiger Entscheid der Strafbehörden vorliegt.

4.
In der Zwischenzeit wurde eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau vom 6. Januar 2021 rechtskräftig.

1 Die Leitsätze und die Sachverhaltsdarstellung sind nicht Bestandteil des offiziellen Entscheides; sie stammen vom Berichterstatter.
2 Les principes généraux et l'exposé des faits ne font pas partie de la décision officielle, mais proviennent du rapporteur.

5. Einleitend ist festzuhalten, dass die Lauterkeitskommission ihr unterbreitete Massnahmen der kommerziellen Kommunikation unabhängig und frei beurteilt. Insbesondere kann die Lauterkeitskommission eine Sache frei beurteilen, welche zuvor Gegenstand eines Strafverfahrens war, das ohne materiellen Entscheid erledigt wurde. Die von der Beschwerdegegnerin vorgelegte Nichtanhandnahmeverfügung hindert die Lauterkeitskommission daher nicht, auf die Beschwerde einzutreten und die Angelegenheit materiell zu beurteilen.

6. 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. Die Staatsanwaltschaft Luzern verneinte in ihrer Einstellungsverfügung vom 6. Januar 2021 das Vorliegen des Tatbestandselements «Massenwerbung» mit folgender Begründung (E. B.1): *«Anlässlich der polizeilichen Einvernahme gab der Beschuldigte zu Protokoll, die beiden fraglichen E-Mails an ungefähr 50 Empfänger versendet zu haben. Die entsprechenden E-Mail-Adressen habe er gefunden, indem er in Branchenverzeichnissen gezielt nach möglicherweise interessierten Unternehmen gesucht habe. (...) Angesichts der geringen Anzahl Empfänger scheint der Beschuldigte einen relativ grossen menschlichen Aufwand getätigt zu haben, um die fraglichen Werbesendungen an potentielle Kunden zu schicken. Damit liegt keine Massenwerbung vor.»*

7. Die Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes FMG, im Rahmen derer auch die vorliegende UWG-Bestimmung erlassen wurde, umschreibt den Begriff der «Massenwerbung» wie folgt (Botschaft FMG 2003, 7991): «Massenwerbung wird als Werbung umschrieben, die automatisiert erfolgt,

d.h. ohne massgeblichen menschlichen Aufwand.» Dieser auch in der Lehre weitgehend aufgenommene «qualitative Ansatz» knüpft demnach an den Vorgang des Versandes der Werbebotschaft an (vgl. z.B. D. VASELLA, in: R. Heizmann/L. D. Loacker [Hg.], UWG. Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich 2018, UWG 3 I o N 16 f.). Hingegen ergibt sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes, dem Zweck der Bestimmung noch aus den Materialien, dass der Begriff der «Massenwerbung» an einen allfälligen menschlichen Aufwand beim Sammeln der Empfängeradressen geknüpft ist. Entscheidend ist alleine die Automatisierung des nachfolgenden Versands. Erfasst wird demnach auch der einmalige automatisierte Versand einer geringen Anzahl von E-Mails, nicht aber der Versand von E-Mails, der «von Hand» erfolgt (VASELLA, UWG 3 I o N 17). Ein Versand fällt schliesslich auch dann unter den Begriff «Massenwerbung», wenn die Werbesendung zwar individualisiert ist, etwa durch eine persönliche Anrede, diese Individualisierung aber automatisiert erfolgt (vgl. C. OETIKER, in: P. Jung/P. Spitz, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2016, UWG 3 I o N 10).

8. In diesem Sinne ist das Tatbestandselement der «Massenwerbung» entgegen der Erwägungen der zitierten Einstellungsverfügung der Strafuntersuchungsbehörden erfüllt. Aufgrund der Gestaltung der vorliegenden zwei E-Mail-Werbungen ist glaubhaft, dass der Versand automatisiert erfolgte (z.B. unpersönliche Ansprache verbunden mit allgemeinen, unpersönlichen Inhalten und Botschaften). Aus den Beschwerde-Akten und der Nichteinstellungsverfügung der Strafuntersuchungsbehörden ergeben sich ebenfalls keine widersprechenden Anhaltspunkte. Unbestritten ist zudem, dass die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer keine vorgängige Einwilligung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG einholte und dass zwischen den Parteien kein Kundenverhältnis bestand. Der Tatbestand der unlauteren Werbung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG ist damit ebenfalls erfüllt und die Beschwerde ist gutzuheissen.