

Verbot der unverlangten Massenwerbung (Spam)

Konsumentinnen und Konsumenten werden seit April 2007 rechtlich besser vor fernmeldetechnisch gesendeter unlauterer Massenwerbung (Spamming mittels E-Mail, SMS, MMS, Fax und dergleichen) geschützt¹. Absender von Massenwerbung müssen neu vor dem Versand die Einwilligung der Werbeadressaten einholen (sog. Opt-in-Modell). Zusätzlich sind die Anbieter von Fernmeldediensten verpflichtet, die unlautere Massenwerbung über Ihre Fernmeldenetze zu bekämpfen.

Mathias Kummer

Master of Law, Geschäftsführer Weblaw AG, Bern. Mathias Kummer befasst sich in seiner Tätigkeit als Informatikjurist auch mit den rechtliche Facetten der E-Mail-Kommunikation.

Weitere Informationen zur Person und zur Beratungstätigkeit: www.yourlaw.ch



Verschärfte und auslegungsbedürftige Regelung

Unternehmungen, die bestehende und potentielle Kunden per E-Mail über aktuelle Produkte und Dienstleistungen informieren, haben sich den neuen rechtlichen Gegebenheiten anzupassen. Andernfalls drohen vermehrt Strafanzeigen und Bussen.

Die neue Regelung in Art. 3 lit. o UWG ist jedoch in mehrfacher Hinsicht auslegungsbedürftig und lässt einigen Ermessensspielraum offen. Diese ungewisse Situation ist gerade für KMU, die E-Mail oft als Werbemittel einsetzen, unbefriedigend. Es empfiehlt sich, die entsprechende Gesetzesbestimmung eng auszulegen, d.h. lieber «auf Nummer sicher» zu gehen und auf einen Versand zu verzichten oder entsprechende Vorkehrungen zu treffen, damit nur diejenigen Personen eine Massenwerbung erhalten, die daran ein entsprechendes Interesse geäußert haben.

Der Anti-Spam-Artikel (Art. 3 lit. o UWG) lautet: «Unlauter handelt, wer Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die **Einwilligung** der Kun-

den 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.»

Massenwerbung ist also **nur zulässig**, wenn folgende Bedingungen gegeben sind²:

- Der Adressat hat dem Empfang der Massenwerbung ausdrücklich zugestimmt (**Einwilligung**) oder die Zustimmung des Empfängers ergibt sich aus einem beim Absender getätigten Kauf.
- Die Massenwerbung muss einen **korrekten Absender** enthalten.
- Die Werbung enthält einen Hinweis auf eine **problem- und kostenlose Ablehnung** weiterer Zusendungen.

Die **ausdrückliche Zustimmung** des Empfängers muss vor dem Versand für den konkreten Fall erteilt und in Kenntnis der Sachlage erfolgt sein. Dem künftigen Empfänger ist klar und umfassend aufzuzeigen, wozu er einwilligt. Die

«Permission» kann **offline** eingeholt werden, z.B. an Messen oder in ersten Kontakten mit einem potenziellen Kunden. Die Einwilligung sollte schriftlich festgehalten werden (Datum, Dauer, Umfang, allenfalls Unterschrift des Einwilligenden). Weit verbreitet ist die online erfolgte Einwilligung. Der Adressgeber füllt auf der Website ein Anmelde- oder Bestellformular aus und setzt dabei aktiv ein Häkchen, welches seine Zustimmung in Massenwerbung der besuchten Website wiedergibt (einfaches Opt-in).

Orientieren Sie mich über Produkte und Dienstleistungen Ihres Unternehmens.

Das einfache Opt-in ist ein Kompromiss zwischen Opt-out (keine vorgängige Zustimmung nötig, Möglichkeit der Ablehnung) und dem Double Opt-in. Beim Double Opt-in erhält der Empfänger nach der Anmeldung bzw. seiner Adressfreigabe eine E-Mail zur nochmaligen Bestätigung seiner Einwilligung zugeschiedt. Dies empfiehlt sich, weil falsche Anmeldungen verhindert werden und der Empfänger nochmals unmissverständlich seine Einwilligung gibt.

¹ Am 1. April 2007 ist eine entsprechende Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft getretenen.

² Der Absender handelt unlauter, falls es an einer dieser drei Bedingungen fehlt.

Die Massenwerbung muss zudem die **Identität des Absenders** preisgeben. Dazu sind korrekte und vollständige Absenderangaben nötig. Bei E-Mailsendungen empfiehlt sich, ein Impressum einzubauen.

Der Empfänger kann, auch nachdem er seine Einwilligung erteilt hat, **jederzeit** weitere elektronische Werbung **ablehnen**. Hierauf muss er bei jedem Massenversand klar und visuell gut sichtbar hinweisen. Die Ablehnung muss grundsätzlich auf demselben Kommunikationsweg möglich sein und darf für den Ablehnenden nicht mit Aufwand oder Kosten verbunden sein.

Wenn Sie in Zukunft unseren E-Mail-Newsletter nicht mehr erhalten wollen, senden Sie uns einfach diese E-Mail mit dem Betreff «Newsletter abbestellen» zurück. Besten Dank.

Massenwerbung an Kunden

Gemäss Art. 3 lit. o UWG dürfen Adressen bestehender Kunden für Massenwerbung benutzt werden, ohne dass vorgängig eine explizite Zustimmung eingeholt werden muss. Die

Werbung darf sich jedoch nur auf **eigene Produkte oder Dienstleistungen** beziehen. Zudem muss das Angebot eine **Ähnlichkeit** zu den dem Kunden verkauften Produkten oder Dienstleistungen haben. Selbstverständlich müssen auch die bestehenden Kunden die Möglichkeit haben, jederzeit auf einfache Art und Weise weitere Massenwerbung abzulehnen.

Auch Anbieter von Fernmeldediensten in der Pflicht

Das revidierte Fernmeldegesetz nimmt einheimische Provider im Kampf gegen Spammer verstärkt in die Pflicht (Art. 45a FMG und Art. 83 FDV). Die Provider müssen ihre Kunden entsprechend dem Stand der Technik schützen und den Versand von unerwünschten Nachrichten umgehend sperren. Sie können Kunden, die unerwünschte Nachrichten versenden oder weiterleiten auch vom Fernmelde-Netz trennen. Zudem hat jeder Fernmelde-diensteanbieter eine Meldestelle gegen unerwünschte Massenwerbung zu betreiben. Betroffene können Spam-Nachrichten an die entsprechenden Stellen weiterleiten (z.B. an abuse@bluewin.ch, abuse@sunrise.ch).

Lücken, Fragen und Empfehlungen

Die neue Regelung ist ein weiterer Schritt zur Bekämpfung von Spam in der Schweiz³. Konsumenten haben neu die Möglichkeit, sich unkompliziert gegen notorische Spammer zu wehren – mittels Strafanzeige bei der Polizei. Die Gerichte werden in den nächsten Jahren Lücken der Neuregelung schliessen. In der Zwischenzeit empfiehlt es sich, beim Versand von Massenwerbung zurückhaltend zu sein und sich nicht in den Grauzonen der Regelung aufzuhalten.

Weiterführende Literatur zur neuen Spam-Regelung

Philippe Barman, Die Antispam-Gesetzgebung in der Schweiz, in: Jusletter 2. April 2007 (www.jusletter.ch) sowie Spamming, in Informatikrecht in der Praxis, Loseblatt-Ausgabe, Weka Verlags AG, Zürich. Die Aktualisierung erscheint im September 2007. Das vierteljährlich aktualisierte Werk kann unter www.yourlaw.ch/weka.asp bestellt werden.

Botschaft zur Änderung des FMG vom 12.11.2003, BBl 2003 7951, www.admin.ch/ch/d/ff/2003/7951.pdf

Checkliste für korrektes E-Mailmarketing	Vorgabe
Korrekte und unmissverständliche Absenderadresse (wahre Identität)	Pflicht
Impressum im Werbe-E-Mail und Gewähr der Erreichbarkeit des Absenders	Pflicht
Einfache und gut sichtbare Ablehnungsmöglichkeit für künftige Sendungen (derselbe Kommunikationsweg, keine weiteren Kosten); z.B. Abmeldelink bzw. Rücksendung des E-Mails mit Ablehnungsnotiz	Pflicht
Vorgängig ausdrückliche Einwilligung einholen oder die Zustimmung des Empfängers ergibt sich aus einem beim Absender getätigten Kauf	Pflicht
Offline Einwilligung schriftlich einholen bzw. bestätigen lassen	
Online Einwilligung: aktiv ein Häkchen setzen lassen , welches die Zustimmung in Massenwerbung der besuchten Website wiedergibt (das Häkchen nicht standardmässig als gesetzt vorgeben)	Pflicht
Double Opt-in bei online erfolgten Einwilligungen	
Verzicht auf Versand an Kunden, mit denen man längere Zeit keinen Kontakt mehr hatte; stattdessen können diese Kunden per E-Mail angefragt werden, ob man künftig Massenwerbung zu eigenen Produkten und Dienstleistungen senden darf	
Sicherstellen, dass Kunden und E-Mailempfänger, die sich abgemeldet haben, keine weiteren Massen-E-Mails des Unternehmens mehr erhalten	Pflicht
Kunden keine Drittwerbung zustellen; andernfalls vorgängig ausdrückliche Einwilligung der Kunden einholen	Pflicht
Kunden keine Werbung zu eigenen Produkten und Dienstleistungen zustellen, die keinen Bezug zur eigentlichen Kundenbeziehung haben; andernfalls ausdrückliche Einwilligung des Kunden einholen	Pflicht

³ Spam ist und bleibt jedoch ein internationales Problem. Heute nehmen sich unterschiedliche internationale Netzwerke der Problematik an, z.B. das London Action Plan Netzwerk, in dem sowohl staatliche Behörden wie auch grosse Unternehmen der Privatwirtschaft mitwirken, oder das Contact Network of Spam Authorities auf EU-Ebene.