



faire-werbung.ch
Schweizerische Lauterkeitskommission
loyauté-en-publicité.ch
Commission Suisse pour la Loyauté

Kappelergasse 14
Postfach 2744
8022 Zürich

T 044 211 79 22
F 044 211 80 18
info@lauterkeit.ch

faire-werbung.ch
loyauté-en-publicité.ch

Schweizerische Lauterkeitskommission • Commission Suisse pour la Loyauté

Auslegung von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG 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 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 Adresselemente (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 Zwecke 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 potentielle 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 Anrufer 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.