Sylvia Anthamatten | Fabian Altmann

Lauterkeitsrechtliche Aspekte des revidierten Rechts zum Telemarketing

Änderungen im UWG im Zuge der Teilrevision des Fernmelderechts

Technologische Entwicklungen im Bereich von Übertragungstechniken haben den Fernmeldemarkt im letzten Jahrzehnt stark geprägt. Das teilrevidierte Fernmelderecht soll diesen Entwicklungen Rechnung tragen, wobei insbesondere im Bereich der Telefonwerbung Handlungsbedarf bestand.[1] Nie zuvor stellten Kundinnen und Kunden Unternehmen so viele personenbezogene Daten wie heute zur Verfügung. Damit ermöglichen sie diesen eine gezielte und direkte Kontaktaufnahme, was wiederum das Missbrauchspotential zulasten der Kundinnen und Kunden erhöht.

Durch die Ergänzung der Tatbestände in Art. 3 Abs. 1 UWG versuchte der Gesetzgeber dem Konsumentenschutz Nachdruck zu verleihen. Die Umkehr von einer Werbeerlaubnis mit Ausnahmeverbot (Opt-out) hin zu einem Werbeverbot mit Ausnahmeerlaubnis (Opt-in) bei der Telefonwerbung (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG) und das Verbot von Werbeanrufen mit unterdrückter oder gefälschter Rufnummer (Art. 3 Abs. 1 lit. v UWG) werden flankiert von einer Erweiterung der Strafbarkeit auf Profiteure von unlauteren Werbeanrufen (Art. 3 Abs. 1 lit. w UWG) sowie der Schaffung neuer Interventionsmöglichkeiten bei der Bekämpfung unlauteren Marktverhaltens (Art. 26a UWG). Dieser Beitrag diskutiert die neuen Bestimmungen im Lauterkeitsrecht, analysiert deren Tragweite und versucht sich an einer Prognose deren Umsetzung in der Praxis.

Les avancées technologiques dans le domaine des technologies de transmission ont fortement marqué le marché des télécommunications au cours de la dernière décennie. La révision partielle du droit sur les télécommunications a pour but de tenir compte de cette évolution, notamment dans le domaine du démarchage téléphonique, un contexte dans lequel des mesures sont particulièrement nécessaires[2]. Les entreprises ont aujourd'hui à leur disposition une quantité de données personnelles de leurs clients sans précédent. Ces entreprises peuvent de ce fait les contacter directement et de manière ciblée, ce qui accroît les risques d'abus au détriment du client.

En complétant les éléments constitutifs de l'art. 3 al. 1 LCD, le législateur souhaite renforcer la protection des consommateurs. L'abrogation d'une autorisation générale de publicité avec la possibilité de s'y soustraire (opt-out) pour la remplacer par une interdiction de publicité assortie de dérogations (opt-in) dans le domaine de la publicité par téléphone (art. 3 al. 1 let. u LCD) ainsi que l'interdiction des appels publicitaires avec un numéro d'appelant masqué ou usurpé (art. 3 al. 1 let. v LCD) sont complétées par une extension de la sanction pour les bénéficiaires d'appels publicitaires illicites (art. 3 al. 1 let. w LCD) et par la mise en place de nouvelles possibilités d'intervention dans la lutte contre les pratiques commerciales déloyales (art. 26 a LCD).

Cette contribution présente les nouvelles dispositions de la loi contre la concurrence déloyale, opère une évaluation de leur portée et effectue un pronostic concernant leur mise en œuvre dans la pratique.

I. Einleitung

II. Verschärfte Voraussetzungen beim Telemarketing
1. «Opt-in» statt «Opt-out» für Werbeanrufe (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG)
2. Verbot von Spoofing und Anrufen mit unterdrückter Rufnummer (Art. 3 Abs. 1 lit. v UWG)
3. Strafbewehrtes Verwertungsverbot (Art. 3 Abs. 1 lit. w UWG)

III. Erweiterte Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten (Art. 26a UWG)
1. Tatbestandsvoraussetzungen
2. Verfahren

Sylvia Anthamatten, MLaw, LL.M., Rechtsanwältin, Zürich.

Fabian Altmann, MLaw, Zürich.

1 Vgl. zum Ganzen BBl 2017, 6560.
2 cf. FF 2017, 6560.

© 2021 sic! Stiftung, Bern / Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Jede Verwertung in anderen als in den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verlages.
Tous droits réservés. Toute représentation ou reproduction, intégrale ou partielle, faite sans le consentement préalable de la maison d'édition, est interdite.
Auch auf www.legalis.ch und swisslex.ch / Également sur www.legalis.ch et swisslex.ch

I. Einleitung

Seit Anfang 2021 ist das teilrevidierte Fernmelderecht in Kraft. Im Zentrum der öffentlichen Debatte zu dieser Revision standen Themen wie die gesetzliche Verankerung der Netzneutralität oder auch die Eingriffsrechte des Bundesrats zur Kostensenkung beim internationalen Roaming. Die erheblichen Verschärfungen des Lauterkeitsrechts im Zusammenhang mit dem Telemarketing erfuhren hingegen weit geringere Beachtung. Dies zu Unrecht. Denn die Erweiterung des Tatbestandskatalogs in Art. 3 Abs. 1 UWG schützt nicht bloss Kundinnen und Kunden vor unerwünschten Werbeanrufen und schränkt damit die Handlungsoptionen von Callcentern ein, vielmehr zeitigen sie durch eine Erweiterung der Strafbarkeit auch direkte Wirkungen auf Unternehmen, die zur Kundenakquise auf Methoden des Telemarketings zurückgreifen. Zudem erfuhr das 4. Kapitel über die Strafbestimmungen mit Art. 26a UWG eine weitreichende und sämtliche Marktakteure – unabhängig ihres Bezugs zum Telemarketing – gleichermassen treffende Ergänzung: Gewisse Verstösse gegen das UWG erlauben es den Strafbehörden neu, zur Verhinderung weiterer Zuwiderhandlungen den Widerruf von Domain-Namen sowie den Widerruf oder die Sperrung von Telefonnummern anzuordnen.

II. Verschärfte Voraussetzungen beim Telemarketing

1. «Opt-in» statt «Opt-out» für Werbeanrufe (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG)

a) Hintergrund und Inhalt

Unter bisherigem Recht galt in der Schweiz für individualisierte Werbeaktivitäten durch fernmeldetechnische Übertragungsarten eine grundsätzliche Erlaubnis mit Ausnahmeverbot *(Opt-out)*.[3] Wer nicht ungebeten zu Werbezwecken kontaktiert werden wollte, musste dies durch ein Sternchen im Telefonbuch vermerken (sog. Sternvermerk).[4] Dadurch konnten sich Kundinnen und Kunden nur vor unerwünschten Werbeanrufen schützen, wenn sie ihre Rufnummer in einem öffentlichen Telefonverzeichnis publizieren liessen. Wer aus personen- und datenschutzrechtlichen Gründen auf einen Eintrag im Telefonverzeichnis verzichtete – was besonders häufig bei Mobilnummern geschieht –, durfte grundsätzlich zu Werbezwecken angerufen werden.[5] Mit anderen Worten konnte man sich ohne Einschränkung der informationellen Selbstbestimmung nicht vor Werbeanrufen schützen. Ausserdem wurde schon vor gut zehn Jahren die Wirksamkeit dieser Bestimmung in den parlamentarischen Beratungen angezweifelt.[6] Die vergangene Dekade bestätigte die Bedenkenträger: Die Missachtung des Sternvermerks im Telefonbuch verstösst seit 2012 gegen Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG, trotzdem gibt es laut einer Schätzung von Swisscom in der Schweiz monatlich rund 18 Millionen unerwünschte Werbeanrufe[7] und das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verzeichnete über einen Zeitraum von drei Jahren rund 45 000 Beschwerden wegen unerwünschten Werbeanrufen.[8]

Durch Erweiterung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes gegen Werbeanrufe auf Personen *ohne* Telefonverzeichniseintrag will der Gesetzgeber diesem Mangel nun Abhilfe schaffen.[9] Neu gilt ein Werbeverbot mit Ausnahmeerlaubnis *(Opt-in)*: Wer seine Rufnummer entweder nicht in einem Telefonverzeichnis eingetragen hat oder diesen Eintrag mit einem Sternchen versieht, darf nicht zu Werbezwecken angerufen werden (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG). Eine Ausnahmeerlaubnis zu Werbeanrufen wird einzig durch die Eintragung im Telefonverzeichnis ohne Sternvermerk erteilt.

Unberührt von diesem Systemwechsel bleiben die Tatbestandsmerkmale des «Kunden» sowie der «Werbemitteilung». Unter den Terminus «Kunde» können im Lauterkeitsrecht nach herrschender Lehre natürliche und juristische Personen subsumiert werden – sowohl im B2C- als auch im B2B-Verhältnis.[10] «Werbemitteilungen» erfasst sämtliche Massnahmen, welche darauf abzielen, eine Vielzahl von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Gütern oder Dienstleistungen zu beeinflussen und dadurch den Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte zu fördern oder zu verhindern.[11] Den Regeln des Lauterkeitsrechts untersteht jedoch ausschliesslich die Wirtschaftswerbung, d.h. Werbung gewinnstrebiger Unternehmen zur Absatzförderung oder Imageverbesserung.[12]

Ebenfalls unverändert beschränkt sich Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG auf fernmeldetechnische Übertragungsarten. Obschon die Botschaft ausschliesslich von Werbeanrufen spricht,[13] muss aufgrund des Wortlauts und der Systematik davon ausgegangen werden, dass die *Opt-in*-Regelung auch für Werbehandlungen via Telefaxnummern und E-Mail-Adressen gilt.[14] Entsprechend dürfen Kundinnen und Kunden ohne Eintrag weder über ihre Telefonnummer, Telefaxnummer noch E-Mail-Adresse Werbung erhalten. Bei Kun-

3 BBl 2017, 6595.
4 G. Bühler, in: R. M. Hilty/R. Arpagaus (Hg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, UWG 3 I u N 1.
5 Vgl. G. Sutter, in: R. Heizmann/L. D. Loacker (Hg.), Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Zürich 2018, UWG 3 I u N 14.
6 Amtl. Bull. SR 2010, 932 f.; vgl. auch Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 2.
7 Amtl. Bull. NR 2019 40.
8 BBl 2017, 6581; die Unwirksamkeit der Bestimmung spiegelte sich in einer Vielzahl parlamentarischer Vorstösse wider (m.w.H. Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 5, Fn. 13).
9 BBl. 2017, 6581 ff.
10 Bühler (Fn. 4), UWG 3 I u N 13; C. Oetiker, in: P. Jung/P. Spitz (Hg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016, UWG 3 I u N 13; Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 16.
11 L. David/M. A. Reutter, Schweizerisches Werberecht, 3. Aufl., Zürich 2015, N 10 f; Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 17; vgl. auch Schweizerische Lauterkeitskommission, Grundsätze, Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation, Stand November 2020, Grundsatz Nr. A.3.
12 Vgl. David/Reutter (Fn. 11), N 12; P. Jung, Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf gemeinnützige Organisationen, recht 2019, 127.
13 BBl 2017, 6655.
14 Gl. M. unter altem Recht Bühler (Fn. 4), UWG 3 I u N 10; Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 20 f. Nach wie vor unberührt von der Regelung bleibt die Werbung über die in den Verzeichnissen ebenfalls erscheinende postalische Adresse (Art. 11 Abs. 1 lit. c Verordnung über Fernmeldedienste), vgl. Bühler (Fn. 4), UWG 3 I u N 16.

© 2021 sic! Stiftung, Bern / Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Jede Verwertung in anderen als in den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verlages.
Tous droits réservés. Toute représentation ou reproduction, intégrale ou partielle, faite sans le consentement préalable de la maison d'édition, est interdite.
Auch auf www.legalis.ch und swisslex.ch / Également sur www.legalis.ch et swisslex.ch

dinnen und Kunden mit Sternvermerk gilt dies je nach Spezifizierung des Vermerks. Die neue Bestimmung kommt aber nur bei nicht automatisierten Werbeaktivitäten zur Anwendung.[15] Sie bleibt damit subsidiär zur Regelung der Massenwerbung in Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG, wonach Werbehandlungen ebenfalls einer Einwilligung *(Opt-in)* bedürfen.[16]

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Werbung über fernmeldetechnische Übertragungsarten nur zulässig ist, wenn das verwendete Adressierungselement in einem Verzeichnis eingetragen und mit keinem Sternvermerk versehen ist. Von diesem Grundsatz gibt es aber zwei entscheidende Ausnahmen: Die Einwilligung (lit. a) und die bestehende Geschäftsbeziehung (lit. b).

b) Einwilligung

Obschon nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, müssen Kontaktaufnahmen zu Werbezwecken im Falle einer Einwilligung unabhängig eines Verzeichniseintrags bzw. eines Sternvermerks zulässig sein. Die neue *Opt-in*-Lösung soll Kundinnen und Kunden nur vor «unerwünschten» Werbeanrufen schützten.[17] Nach rechtsgenüglich erteilter Einwilligung ist ein Werbeanruf nicht weiter unerwünscht.

Damit eine Einwilligung rechtswirksam ist, muss sie im Vorfeld der Werbeaktivitäten erfolgen.[18] Namentlich liegt keine gültige Einwilligung vor, wenn Kundinnen und Kunden das Telefonat widerspruchslos fortführen oder ihre Einwilligung zu Beginn des Werbeanrufs erteilen.[19] Sie muss aber nicht ausdrücklich, sondern kann auch konkludent erteilt werden: bspw. durch Angekreuztlassen einer sog. Checkbox.[20] Weiter muss sie für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgen,[21] wobei ein allgemeiner Hinweis auf die Verwendung der erhaltenen Adressierungselemente zu Werbezwecken des betreffenden Unternehmens genügen dürfte.[22] Dennoch sollte der Anbieter darauf achten, dass die Einwilligung im Falle einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung beweisbar und derart konkret ist, dass sie einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip standhält. Es sollte für Werbeempfängerinnen und -empfänger zumindest klar ersichtlich sein, für welche Werbeinhalte von welchen Anbietern sie ihr Einverständnis erteilen.[23] Eine individuell konkret erteilte Einwilligung zu Werbeaktivitäten derogiert eine gegenteilige abstrakte Willensbekundung durch einen Sternvermerk bzw. den Verzicht auf einen Verzeichniseintrag.

c) Bestehende Geschäftsbeziehung

In Bezug auf die Ausnahme der bestehenden Geschäftsbeziehung positiviert das revidierte Recht die Ansicht der herrschenden Lehre.[24] Im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung war und ist Telemarketing zulässig – es gilt somit das *Opt-out*-Prinzip. Über die sachliche und zeitliche Reichweite dieser Ausnahme schweigen sich aber sowohl das Gesetz als auch die Materialien aus. Die bundesrätliche Botschaft lässt erkennen, dass der Gesetzgeber hierbei bewusst einen auslegungsbedürftigen Wortlaut wählte. So solle die Praxis anhand der «Umstände des Einzelfalls» beurteilen, ob eine Geschäftsbeziehung bestehe. Konkretisierend wird einzig ergänzt, dass Werbemitteilungen für Produkte unzulässig seien, die nicht Gegenstand der bestehenden Geschäftsbeziehung sind.[25]

Zulässig infolge bestehender Geschäftsbeziehung dürfte die Bewerbung von Produkten sein, die hinsichtlich ihres vorgesehenen Verwendungszwecks mit dem ursprünglichen Produkt substituierbar sind. Selbiges gilt wohl für Zubehör und Ersatzteile sowie für die ein Angebot komplementierende Produkte.[26] Wer z.B. bei einem Hardwareanbieter einen Computerdesktop kauft, zeigt ein gewisses allgemeines Interesse an Computerhardwareprodukten. Bis auf ausdrücklichen Widerruf darf also angenommen werden, dass eine Bewerbung via Telemarketing von den Desktop ergänzenden Produkten wie einer Tastatur, Maus oder einem Headset zulässig ist.

Infolge offenerer Formulierung dürfte vorliegend das Bestehen einer Geschäftsbeziehung anders als bei Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG zur Massenwerbung keinen tatsächlichen Vertragsabschluss voraussetzen.[27] Es sollte reichen, wenn sich zwischen dem Werbeempfänger und dem Werbetreibenden ein Vertragsverhältnis anbahnte. Die Initiative muss aber primär vom Werbeempfänger ausgegangen sein,[28] ansonsten liessen sich keine Hinweise auf die relevante Interessenslage machen.

Für wie lange eine Geschäftsbeziehung bestehend ist, bedarf einer einzelfallweisen Beurteilung anhand von Faktoren wie der Werthaltigkeit sowie der Art des Produkts. Langfristige und teure Investitionsgüter rechtfertigen eine erneute Kontaktaufnahme über einen längeren Zeitraum als günstigere Verbrauchsgüter.[29] Der Kaufentscheid über ein teures Smartphone wird in einer Vielzahl der Fälle mit einer deutlich tiefergehenden Auseinandersetzung mit der

15 Vgl. unter altem Recht Bühler (Fn. 4), UWG 3 I u N 3; Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 22.
16 Oetiker (Fn. 10), UWG I o N 16.
17 BBl 2017, 6583.
18 D. Vasella, in: R. Heizmann/L. D. Loacker (Hg.), Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),, Zürich 2018, UWG 3 I o N 32.
19 Vgl. unter deutschem Recht Verwaltungsgericht Köln vom 1. März 2011, 21 L 157/11, E. 45.
20 R. Arpagaus/U. Wickihalder, in: R. M. Hilty/R. Arpagaus (Hg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, UWG 3 I o N 14; Vasella (Fn. 18), UWG 3 I o N 33.
21 Arpagaus/Wickihalder (Fn. 20), UWG 3 I o N 15.
22 Vasella (Fn. 18), UWG 3 I o N 32.
23 Vasella (Fn. 18), UWG 3 I o N 33 ff.
24 Bühler (Fn. 4), UWG 3 I u N 20; Oetiker (Fn. 10), UWG 3 I u N 14; M. Senn, Richtlinie der Lauterkeitskommission zur neuen UWG Bestimmung betreffend Sterneintrag (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG), sic! 2013, 267; Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 23.
25 BBl 2017, 6655.
26 Siehe auch Vasella (Fn. 18), UWG 3 I o N 42.
27 Vgl. auch Bühler (Fn. 4), UWG 3 I u N 21; Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 25.
28 Vgl. auch Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 24.
29 Vgl. auch Bühler (Fn. 4), UWG 3 I u N 22; Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 24.

© 2021 sic! Stiftung, Bern / Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Jede Verwertung in anderen als in den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verlages.
Tous droits réservés. Toute représentation ou reproduction, intégrale ou partielle, faite sans le consentement préalable de la maison d'édition, est interdite.
Auch auf www.legalis.ch und swisslex.ch / Également sur www.legalis.ch et swisslex.ch

Marke und den Eigenschaften des Herstellers einhergehen als der Entscheid über die Online-Bestellung bei einem bestimmten Lieferdienst. Entsprechend rechtfertigt sich eine erneute Kontaktaufnahme des Smartphoneherstellers wohl auch noch ein bis zwei Jahre nach Vertragsabschluss, während eine bestehende Geschäftsbeziehung zwischen dem Kunden oder der Kundin und dem Lieferdienst wohl schon unterjährig zu verneinen wäre.[30] Grundsätzlich mag die übliche Frequenz bezüglich Kauf bestimmter Produkte oder die Inanspruchnahme von Dienstleistungen als Indikator für die Dauer der Geschäftsbeziehung dienen. Während ein neuer Haarschnitt wohl innert weniger Wochen oder Monate fällig ist, werden die Skiferien regelmässig nur jährlich gebucht. Liegt der letzte Termin bei einem bestimmten Coiffeur also mehr als ein halbes Jahr zurück, muss das Bestehen einer Geschäftsbeziehung verneint werden. Andererseits muss es zulässig sein, dass eine Wintersportdestination einen ehemaligen Gast auch ein bis zwei Wintersaisons nach seinem letzten Aufenthalt zu Werbezwecken kontaktiert. In jedem Fall dürfte eine bestehende Geschäftsbeziehung drei Jahren nach der letzten Kontaktaufnahme durch den Werbeempfänger zu verneinen sein.[31]

Keine Geschäftsbeziehung sollte schliesslich attestiert werden, wenn Werbeempfängerinnen und -empfänger lediglich an einem Gewinnspiel oder einer Preisausschreibung teilgenommen haben.[32] Diesfalls wäre eine Werbemitteilung an Personen ohne Verzeichniseintrag oder mit Sternvermerk nur bei einer rechtsgenüglichen Einwilligung zulässig, d.h. den Teilnehmenden muss in transparenter und klarer Weise angezeigt werden, dass sie ihre Einwilligung für Werbemitteilungen für bestimmte Produkte und Leistungen erteilen. Ansonsten darf bei der Teilnahme an einem Gewinnspiel davon ausgegangen werden, dass die angegebenen Kontaktdaten ausschliesslich zum Zwecke einer allfälligen Gewinnbenachrichtigung verwendet werden.[33]

2. Verbot von Spoofing und Anrufen mit unterdrückter Rufnummer (Art. 3 Abs. 1 lit. v UWG)

Während in den traditionellen Telefonnetzen die Telefonnummern der Anrufenden stets mitgesendet wurden, können bei der Internettelefonie (Voice over Internet Protocol, VoIP) die Nummern beliebig festgelegt und damit die Identität des Anrufenden verschleiert werden.[34] Eine solche Verschleierung der Telefonnummer wird als «Spoofing» bezeichnet. Spoofing kann insbesondere bei unbeteiligten Dritten zu unangenehmen Erklärungsnotständen führen, wenn ihre Rufnummern von Werbetreibenden missbraucht werden und sie sich plötzlich mit einer Vielzahl verärgerter Empfängerinnen und Empfänger von Werbeanrufen konfrontiert sehen.

Der neue Art. 3 Abs. 1 lit. v UWG verpflichtet Werbetreibende bei Werbeanrufen Rufnummern anzeigen zu lassen, die im schweizerischen Telefonverzeichnis eingetragen und zu deren Nutzung sie berechtigt sind. Kann die anzuzeigende Rufnummer des Anrufenden selbst am Endgerät eingestellt werden, muss bei Werbeanrufen also eine zulässige Rufnummer eingestellt werden. Sofern eine Einstellung der Rufnummer am Endgerät nicht möglich ist,[35] beschränkt sich die Bestimmung auf eine Unterlassungspflicht: die Anzeige der Rufnummer darf nicht gemäss Art. 84 Abs. 1 Verordnung über die Fernmeldedienste (FDV) unterdrückt werden.[36] Externe Dienstleister im Bereich des Telemarketings wie Callcenter sind nicht verpflichtet, ihre eigene Rufnummer anzuzeigen – mit Erlaubnis des Auftraggebenden ist es zulässig und aus Transparenzzwecken sogar wünschenswert, die Adressierungselemente des Auftraggebenden für Werbeanrufe zu verwenden.[37]

3. Strafbewehrtes Verwertungsverbot (Art. 3 Abs. 1 lit. w UWG)

a) Hintergrund und Inhalt

Weil eine Vielzahl der ungewünschten Werbeanrufe aus dem Ausland erfolgt, blieb die erhoffte Wirkung der 2012 eingeführten Strafbarkeit einer Missachtung des Sternvermerks weitgehend aus. Ausländische Callcenter konnten nur in Einzelfällen belangt werden. Häufig scheiterte man bereits daran, den Ursprung des Anrufs ausfindig zu machen oder man scheute den beschwerlichen Weg der internationalen Rechtshilfe.[38]

Um dieser Problematik zu begegnen und lauter werbende Unternehmungen nicht weiter zu benachteiligen, hat der Gesetzgeber nun mit Art. 3 Abs. 1 lit. w UWG ein strafbewehrtes Verwertungsverbot eingeführt. Unlauter handelt neu nicht nur der anrufende Werbende, sondern auch, wer sich auf Informationen stützt, die unter Missachtung von Art. 3 Abs. 1 lit. u und v UWG erlangt worden sind. Durch diese Bestimmung sollen die Profiteure von unlauteren Werbemethoden in die Pflicht genommen werden. Benützt namentlich eine Versicherung einen sogenannten Saleslead, der ihr von einem Vermittler zugespielt und von letzterem auf unlautere Weise erlangt wurde und zwar unabhängig der Länge der Kette zwischen Generierung des

30 Bühler geht bei einem Auto von einer Dauer von mehr als einem Jahr seit der letzten Kontaktaufnahme durch den Kunden aus, wohingegen bei Gütern des täglichen Gebrauchs eine Dauer von 6 Monaten seit der letzten vom Kunden ausgehenden Interessenbekundung zulässig sein soll (Bühler (Fn. 4), UWG 3 I u N 22).

31 In diesem Sinne entschied bereits das Plenum der Lauterkeitskommission im Fall Nr. 419/10, dass eine Kundenbeziehung, welche vor drei Jahren aufgelöst worden sei, keine Grundlage für die Annahme i.S.d. GS-LK Nr. 4.4 bilde, dass der Kunde trotz Sternvermerks angerufen werden dürfe (A. Furrer/M. Aepli, in: R. Heizmann/L. D. Loacker (Hg.), Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Zürich 2018, UWG 3 I h N 109).

32 Vgl. auch Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 26; a.M. Bühler (Fn. 4), UWG 3 I u N 21.

33 Vgl. auch Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 26.

34 BBl 2017, 6581.

35 Ob ein Werbender die anzuzeigende Rufnummer des Anrufenden selbst am Endgerät einstellen kann, hängt vom jeweils genutzten Fernmeldedienst ab. Callcenter können die anzuzeigende Rufnummer in einer Vielzahl der Fälle selbst einstellen (vgl. BBl 2017, 6656).

36 BBl 2017, 6656.

37 BBl 2017, 6656.

38 Amtl. Bull. SR 2018, 839.

© 2021 sic! Stiftung, Bern / Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Jede Verwertung in anderen als in den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verlages.
Tous droits réservés. Toute représentation ou reproduction, intégrale ou partielle, faite sans le consentement préalable de la maison d'édition, est interdite.
Auch auf www.legalis.ch und swisslex.ch / Également sur www.legalis.ch et swisslex.ch

Kundenkontakts und der Kontaktaufnahme durch die Versicherung, macht sich die Versicherung zusätzlich zum Werbenden strafbar. Damit folgt die Bestimmung dem Konzept der «verbotenen Frucht».[39] Das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses zwischen Profiteur und Vermittler bzw. Callcenter ist dabei nicht zwingend. Auch bei dem in der Praxis verbreiteten Geschäftsmodell des Verkaufs von Terminen mit potenziellen Kundinnen und Kunden auf Online-Börsen müssen Unternehmen durch zumutbare Massnahmen sicherstellen, dass die Termine auf lautere Weise erlangt worden sind.[40]

Ein Verstoss gegen das Verwertungsverbot ist mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht. Das Strafbarkeitsrisiko trifft den Auftraggebenden der Werbeaktivitäten, konkret die für den Verstoss verantwortliche Person (Art. 26 UWG i.V.m. Art. 6 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht, VStrR). In Bagatellfällen und bei unverhältnismässigem Ermittlungsaufwand kann auf die Strafverfolgung gegen natürliche Personen verzichtet und stattdessen das Unternehmen mit einer Busse von max. CHF 5 000 belegt werden (Art. 26 UWG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VStrR).

b) To-dos für Auftraggebende von Callcentern und Vermittlern

Das Verwertungsverbot soll auch präventiv unlauteren Telefonanrufen entgegenwirken. Auftraggebende von Callcentern und Vermittlern sollen dazu angehalten werden, «genauer hin[zu]schauen» wie ihre neuen Abschlüsse angebahnt worden sind.[41] Der Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. w UWG setzt zwar Vorsatz voraus, da aber bereits Eventualvorsatz genügt, müssen insbesondere Unternehmen, welche mit Callcentern und mit Vermittlern zusammenarbeiten, durch angemessene und zumutbare Massnahmen gewährleisten, dass ihre Dienstleister die Bestimmungen zum Telemarketing einhalten.[42] Ansonsten muss angesichts der tatsächlichen Gegebenheiten auf dem Markt des Telemarketings zumindest mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass ein Saleslead auf unlautere Weise erlangt worden ist.

Um also dem Vorwurf eines Inkaufnehmens von unlauteren Werbemethoden zu begegnen, sollten Unternehmen proaktiv tätig werden: Zumindest sollten sie ihre externen Dienstleister wie Vermittler und Callcenter vertraglich zur Einhaltung der UWG-Bestimmungen verpflichten.[43] Es empfiehlt sich, die gesetzlichen Bestimmungen gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. u und v UWG – d.h. insbesondere ein Verbot unlauterer Kaltakquisen[44] und Spoofing – explizit in das Vertragswerk aufzunehmen und sich für den Fall von Verstössen ein Kündigungsrecht auszubedingen. Sodann empfiehlt sich, Callcenter und Vermittler zu verpflichten, die Herkunft eines Salesleads zu dokumentieren und im Beschwerdefall oder im Rahmen von Stichprobenkontrollen offenzulegen. Aus Transparenzgründen sollten insbesondere die Namen und Nummern der Kontaktierten, das Datum des Erstkontakts sowie eine Bestätigung, dass der Kontakt entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen erfolgt ist, verlangt werden.[45]

Sobald es Anzeichen für eine Missachtung des Lauterkeitsrechts durch den Dienstleister gibt, sollten Auftraggebende den Dienstleister schriftlich verwarnen und spätestens im Wiederholungsfall die Vertragsbeziehung auflösen. Bei Ergreifen der vorgängig diskutierten Massnahmen dürfte den Auftraggebenden eine vorsätzliche Tatbegehung nur mit grosser Zurückhaltung vorgeworfen werden können, wenn sie in Einzelfällen irrtümlicherweise doch auf unlauter erworbene Salesleads abstellen.[46]

III. Erweiterte Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten (Art. 26a UWG)

Von allgemeiner – über den Bereich des Telemarketings hinausgehender – Bedeutung für die Praxis im Lauterkeitsrecht dürfte der neu geschaffene und im Parlament diskussionslos verabschiedete Art. 26a UWG sein. In Anwendung dieser Bestimmung können die Staatsanwaltschaften und Gerichte in Strafverfahren neu Domainnamen widerrufen sowie Telefonnummern widerrufen und sperren.[47] Vorausgesetzt wird, dass das fragliche Adressierungselement, d.h. der Domainname oder die Telefonnummer, für eine strafbare Handlung nach Art. 23 i.V.m. Art. 3 oder Art. 24 UWG benutzt wurde, eine Wiederholungsgefahr besteht und die Massnahme im Einzelfall verhältnismässig ist. Dadurch wird den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten die Möglichkeit eröffnet, Wettbewerbsteilnehmern die Grundlage ihrer unlauteren Geschäftspraktiken zu entziehen.[48] Der Gesetzgeber avi-

39 D. Rosenthal/E. Mühlemann, Ab Januar: Wer Informationen aus unlauteren Werbeanrufen nutzt macht sich strafbar, VISCHER Blog 1. Dezember 2020 (‹www.vischer.com/know-how/blog/ab-januar-wer-informationen-aus-unlauteren-werbeanrufen-nutzt-macht-sich-strafbar-38845› (August 2021)).

40 Vgl. Amtl. Bull. NR 2019, 40.

41 Vgl. Amtl. Bull. NR 2019, 40.

42 Rosenthal/Mühlemann (Fn. 39).

43 In diesem Sinne auch Amtl. Bull. NR 2019, 40.

44 D.h. Erstansprachen von potentiellen Kundinnen und Kunden, zu denen keine Geschäftsbeziehung besteht. Die Branchenvereinbarung «Vermittler» der Verbände santésuisse und curafutura betreffend die Qualität der Beratung und die Entschädigung an die Vermittler in der Kundenwerbung vom 1. Januar 2021 («Branchenvereinbarung Vermittler») beispielsweise definiert diese als Kunden, die länger als 36 Monate keine Kunden mehr sind, die vom Opting-out Gebrauch gemacht haben oder bei denen der Kontakt nicht auf eine Empfehlung einer dem potentiellen Kunden bekannten Drittperson entstanden ist, Ziff. 6 Fn. 2.

45 Entsprechende Anforderungen auferlegen sich die Krankenversicherer auch in Ziff. 6 der Branchenvereinbarung Vermittler (Fn. 44).

46 Vgl. Amtl. Bull. NR 2019, 40.

47 Die Neueinführung dieser Bestimmung drängte sich auf, da die Adressierungselemente nicht als einzugsfähige Gegenstände oder Vermögenswerte i.S.v. Art. 69 StGB zu qualifizieren sind und eine strafrechtliche Einziehung nicht möglich war (Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 7. Juli 2015, AAST3/2015/10008021 zitiert in Sutter (Fn. 5), UWG 3 I u N 35).

48 Der Widerruf gewisser Adressierungselemente ist grundsätzlich auch gestützt auf das Fernmelderecht möglich. Gemäss Art. 11 der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV) kann das BAKOM die Zuteilung eines Adressierungselements widerrufen, wenn eine andere Behörde gestützt auf ihre Zuständigkeit eine

© 2021 sic! Stiftung, Bern / Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Jede Verwertung in anderen als in den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verlages.
Tous droits réservés. Toute représentation ou reproduction, intégrale ou partielle, faite sans le consentement préalable de la maison d'édition, est interdite.
Auch auf www.legalis.ch und swisslex.ch / Également sur www.legalis.ch et swisslex.ch

sierte damit primär eine effizientere Bekämpfung unlauterer Werbeanrufe sowie eine Verstärkung des Konsumentenschutzes.[49] Diese Norm dürfte aber auch betroffenen Wettbewerbern ein alternatives bzw. ergänzendes Werkzeug beim Kampf gegen unlautere Geschäftspraktiken an die Hand geben.

Flankierend sind mit Art. 45a Abs. 1 FMG neu auch die Fernmeldedienstanbieter verpflichtet, unlautere Werbemitteilungen gemäss Art. 3 lit. u und v UWG zu bekämpfen. Der Bundesrat hat diese Pflicht in Art. 82 f. FDV konkretisiert: Namentlich haben Kundinnen und Kunden, wenn sie schriftlich missbräuchliche Werbeanrufe glaubhaft machen können, das Recht auf Auskunftserteilung über die Adressierungselemente sowie Namen und Adressen derjenigen Kundinnen und Kunden, von deren Anschlüssen unlautere Anrufe erfolgten. Zudem müssen die Fernmeldedienstanbieter ihren Kundinnen und Kunden zum Schutz vor unlauterer Werbung ein dem Stand der Technik entsprechendes, geeignetes Mittel – bspw. ein Filterangebot – zur Verfügung stellen.[50]

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Anlasstat

Für den Widerruf oder die Sperrung eines Adressierungselements ist das Vorliegen eines pönalisierten Verhaltens und damit eine Anlasstat erforderlich.[51] Als Anlasstaten kommen nicht nur Verletzungen der neuen Bestimmungen zum Telemarketing in Frage, sondern vielmehr alle Katalogtatbeständen nach Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 UWG sowie Verletzungen der Pflicht zur Preisbekanntgabe nach Art. 24 UWG. Gestützt auf Art. 26a UWG kann damit auch ein Domainname widerrufen werden, wenn der Betreiber auf seiner Webseite beispielsweise einen anderen Marktteilnehmer durch unrichtige Äusserungen i.S.v. Art. 3 Abs. lit. a UWG unnötig herabsetzt oder die Preise seiner Produkte ausschliesslich in Euro angibt und damit gegen die Preisbekanntgabeverordnung verstösst (Art. 24 Abs. 1 lit. e UWG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 PBV).[52] Ob sich die Massnahme im Einzelfall rechtfertigt, hängt von deren Verhältnismässigkeit ab (vgl. dazu 3.1.c) unten).

Die Anlasstat nach Art. 3 Abs. 1 UWG muss vorsätzlich begangen werden (Art. 23 Abs. 1 UWG). (Ausreichender) Eventualvorsatz dürfte dabei spätestens vorliegen, wenn der Täter auf sein unlauteres Verhalten aufmerksam gemacht worden ist, dieses aber dennoch weiterführt.[53] Bei Verletzungen der Pflicht zur Preisbekanntgabe reicht Fahrlässigkeit (Art. 24 Abs. 2 UWG).

Da die Massnahmen Widerruf und Sperrung gemäss bundesrätlicher Botschaft keinen repressiven, sondern vielmehr einen präventiven Charakter aufweisen, muss die Anlasstat aber nicht schuldhaft begangen worden sein.[54] Es reicht, wenn die Täterschaft tatbestandsmässig und rechtswidrig gehandelt hat. Sodann reicht eine summarische Feststellung der Rechtswidrigkeit und eine Zuordnung zu einer bestimmten Person wird nicht vorausgesetzt.[55] So können die Massnahmen nach Art. 26a UWG auch verhängt werden, wenn beispielsweise der Täter nicht identifiziert werden kann, er einem Verbotsirrtum unterliegt oder in der Schweiz nicht strafrechtlich verfolgt werden kann.[56]

b) Erfasste Adressierungselemente

Gegenstand der Massnahmen können einerseits Telefonnummern für Festnetz- oder mobile Fernmeldedienste sein (Art. 26a lit. b UWG).[57] Andererseits sind auch Domainnamen zweiter Ebene erfasst. Als Domainnamen zweiter Ebene wird die Zeichenfolge vor dem Punkt und der darauffolgenden Domainendung (sog. Top Level Domain) bezeichnet[58] – beim Beispiel von ‹www.bakom.admin.ch› handelt es sich bei «.ch» um die Domain der ersten und bei «admin» um jene der zweiten Ebene.[59] Einem Widerruf zugänglich sind jedoch nur Domainnamen, die einer Internet-Domain gemäss Art. 28b lit. a FMG untergeordnet sind, für deren Verwaltung die Schweiz zuständig ist.[60] Aktuell sind dies die länderspezifische Domain der ersten Ebene». ch» und ihre Umsetzung in andere Buchstabenfolgen oder grafische Systeme[61] sowie die generische Domain der ersten Ebene «.swiss».[62]

Zwischen dem zu widerrufenden oder zu sperrenden Adressierungselement und der Anlasstat muss ein hinreichender Konnex bestehen, d.h. die Rufnummer oder der Domainname muss nachweisbar zur Begehung der Anlasstat gedient haben.

Verletzung von Bundesrecht feststellt, die mit Hilfe des Adressierungselementes begangen wurde.

49 BBl 2017, 6581 und 6583.

50 Zum Ganzen Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), Revision der Verordnungen zum FMG, Erläuternder Bericht vom 26. Oktober 2020, 32 f.

51 BBl 2017, 6656.

52 Neu werden damit auch Unternehmen mit Sitz im Ausland erfasst, wenn sie einen «.ch»-Domainnamen haben und ihre Preise beispielsweise ausschliesslich in Euro angeben. Früher konnten die schweizerischen Bestimmungen gegen sie nicht durchgesetzt werden, da die entsprechenden Verhaltensweisen bzw. Verstösse gegen die PBV im Ausland nicht strafbar sind (BBl 2017, 6657).

53 M. Kilias/G. Gilléron, in: R. M. Hilty/R. Arpagaus (Hg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, Vorbemerkungen UWG 23 N 21.

54 BBl 2017, 6656.

55 BBl 2017, 6656.

56 Vgl. C. Konopatsch, in: D. Graf (Hg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020, StGB 69 N 9.

57 Konkret erfasst werden Rufnummern i.S.d. technischen und administrativen Vorschriften betreffend die Aufteilung der E. 164-Nummern nach Anhang 2.8 der Verordnung des BAKOM über Fernmeldedienste und Adressierungselemente (SR 784.101.113).

58 Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über Internet-Domains (VID; SR 784.104.2).

59 BBl 2017, 6657.

60 BBl 2017, 6657.

61 Art. 45 Abs. 1 lit. a VID.

62 Art. 50 lit. a VID.

© 2021 sic! Stiftung, Bern / Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Jede Verwertung in anderen als in den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verlages.
Tous droits réservés. Toute représentation ou reproduction, intégrale ou partielle, faite sans le consentement préalable de la maison d'édition, est interdite.
Auch auf www.legalis.ch und swisslex.ch / Également sur www.legalis.ch et swisslex.ch

c) Verhältnismässigkeit

Die Massnahmen nach Art. 26a UWG stellen Zwangsmassnahmen dar. Deren Anordnung muss also verhältnismässig sein.[63]

Im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit nennt das Gesetz explizit die Voraussetzung der Wiederholungsgefahr. Die Massnahme muss also zur Verhinderung neuer Straftaten erforderlich sein, wobei konkrete Wiederholungsfälle vorliegen müssen.[64] Sofern der Inhaber eines Adressierungselements bereits nachweislich auf die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens hingewiesen wurde, diese aber bestreitet, darf davon ausgegangen werden, dass er es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird und deshalb eine Wiederholungsgefahr besteht.[65]

Ausserdem darf eine Massnahme nach Art. 26a UWG nur angeordnet werden, wenn die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation besteht.[66] Je grösser das vom Adressierungselement ausgehende Schädigungspotential und die Wiederholungsgefahr sind und je geringer der legitime Gebrauchswert für den Betroffenen oder die Betroffene ist, desto eher lassen sich die Massnahmen gemäss Art. 26a UWG rechtfertigen.[67] Bei der Untersuchung blosser Übertretungen oder Vergehen minderer Schwere ist an die Verhältnismässigkeit ein besonders strenger Massstab anzulegen. Insbesondere sollten sich vorläufige Sperrungen während eines laufenden Verfahrens gemäss Art. 26a Abs. 2 UWG auf konkrete unlautere Inhalte beschränken.[68] Namentlich dürfte der Widerruf eines Domainnamens bzw. die vorläufige Sperrung sämtlicher Inhalte einer Webseite nicht verhältnismässig sein, wenn auf der Webseite über einen längeren Zeitraum eine Vielzahl von Waren vertrieben wird, sich aber nur einzelne Angebote unlauter an eine Konkurrenzprodukt anlehnen. Damit dürfte eine gewisse Schwere vorausgesetzt werden, deren Grenzwert es durch die Rechtsprechung festzulegen gilt.

2. Verfahren

Zuständig zur Anordnung einer Massnahme nach Art. 26a UWG ist die Staatsanwaltschaft oder das Gericht. Ausgeführt wird der Widerruf hingegen von der zuständigen Registrierungsstelle: Bei Domainnamen mit «.ch» handelt es sich um die SWITCH und bei solchen mit «.swiss» um das BAKOM. Bei Telefonnummern muss die Anordnung des Widerrufs oder der Sperrung an den zuständigen Fernmeldedienstanbieter erfolgen.[69] Der Widerruf führt zur Entziehung der zugeteilten Nutzungsrechte, eine Übertragung ist ausgeschlossen.[70] Nach Art. 26a Abs. 2 UWG ist auch eine vorläufige Sperrung des Adressierungselements während eines laufenden Strafverfahrens möglich.

Neben betroffenen Kundinnen und Kunden, Organisationen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 UWG und dem Bund, sind auch Wettbewerbsteilnehmer, deren Kundschaft, Kredit, berufliches Ansehen, Geschäftsbetrieb oder sonstige wirtschaftliche Interessen durch das unlautere Verhalten eines Mitbewerbers bedroht oder verletzt werden, berechtigt einen Strafantrag zu stellen.[71] Demnach können auch Konkurrenten einen Strafantrag stellen, sich als Privatklägerschaft konstituieren[72] und im Rahmen ihres Äusserungsrechts zumindest in beschränktem Masse auf den Widerruf oder die Sperrung eines Adressierungselements hinwirken.[73] Ob und zu welchem Zeitpunkt eine derartige Massnahme angeordnet wird, liegt hingegen einzig im Ermessen der Strafbehörden.

63 Vgl. BBl 2017, 6657; Art. 197 StPO.
64 BBl 2017, 6656; eine Erstbegehungsgefahr reicht demnach anders als bei der Sicherungseinziehung gem. Art. 69 StGB nicht aus.
65 Vgl. BGE 124 III 72 ff. E. 2a.
66 BBl 2017, 6657; vgl. ferner Konopatsch (Fn. 56) StGB 69 N 4.
67 Vgl. W. Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020, StGB 69 N 7.
68 Vgl. BGer vom 19. März 2015, 1B_294/2014, E. 4.5, worin das Bundesgericht vor der Einführung von Art. 26a UWG betreffend vorläufige Sperrung einer Domain wegen Verdachts auf Ehrverletzung noch explizit offen liess, ob eine Domain überhaupt Objekt einer Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB i.V.m. Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO sein kann (E. 4.3; bejahend noch die Vorinstanz: Entscheid Kantonsgericht (VD) vom 18. Juni 2014 in forumpoenale 2015, 149). Durch den Erlass von Art. 26a UWG dürfte der Gesetzgeber dieser Frage zumindest im Anwendungsbereich des UWG Abhilfe geklärt haben.
69 Zum Ganzen BBl 2017, 6657.
70 BBl 2017, 6657.
71 Kilias/Gilléron (Fn. 53), Vorbemerkungen UWG 23 N 27.
72 Art. 118 Abs. 1 i.V.m. Art. 115 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 23 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 UWG.
73 N. Schmid/D. Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2017, Rz. 647.

© 2021 sic! Stiftung, Bern / Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Jede Verwertung in anderen als in den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verlages.
Tous droits réservés. Toute représentation ou reproduction, intégrale ou partielle, faite sans le consentement préalable de la maison d'édition, est interdite.
Auch auf www.legalis.ch und swisslex.ch / Également sur www.legalis.ch et swisslex.ch

Zusammenfassung

Angesichts der bisher milden Vorschriften und zahnlosen Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten im Telemarketing sind die im Zuge der Teilrevision des Fernmelderechts verschärften lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen zu begrüssen. In einer Zeit, wo sich Private kaum mehr um einen Telefonbucheintrag scheren und datenschutzrechtliche Aspekte weitgehend grossgeschrieben werden, rechtfertigt sich in Bezug auf Werbeanrufe keine andere Lösung als die neu statuierte «Opt-in»-Regelung (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG). Ausserdem drängten die technologischen Entwicklungen bei den Übertragungstechniken ein Verbot zur Verschleierung der Telefonnummer, das sog. Spoofing-Verbot, auf (Art. 3 Abs. 1 lit. v UWG). Damit aber der Anreiz an ein gesetzeskonformes Verhalten insbesondere bei den Profiteuren des Telemarketings wie z.B. den Versicherungen und Medienunternehmen und damit den Drahtziehern des Telemarketings gesteigert wird, muss sich das Recht auch diesen gegenüber durchsetzen lassen. Das neue strafbewehrte Verwertungsverbot von unlauter erlangten Salesleads gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. w UWG bietet dafür Hand und zwingt die Dienstleister, ihre sowie die Praktiken der angeheuerten Auftragnehmenden auf ihre Lauterkeit zu überprüfen.

Es wird sich noch zeigen, inwieweit die Strafbehörden die gemäss Art. 26 UWG erweiterten Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten hinsichtlich einer Sperrung von Domainnamen bzw. einer Sperrung oder eines Widerrufs von Telefonnummern tatsächlich Gebrauch machen werden. Dabei wird im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit insbesondere die Gewichtung der Schwere des Eingriffs in die Nutzungsrechte des Einzelnen massgebend sein. Selbstredend, dass nicht das kleinste lauterkeitsrechtliche Vergehen einen entsprechenden Eingriff rechtfertigt – um dem präventiven Charakter der Norm Rechnung zu tragen, sollten die Hürden nicht allzu hoch angesetzt werden. Die neuen Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten dürften sich auf jeden Fall über den Kampf gegen unlautere Praktiken beim Telemarketing hinaus auch bei weiteren UWG-Verstössen als nützlich erweisen.

Résumé

Compte tenu du caractère laxiste des dispositions antérieures et du manque d'efficacité des possibilités d'application de la loi en matière de télémarketing, il convient d'approuver l'adoption de dispositions légales plus strictes en matière de concurrence déloyale dans le cadre de la révision partielle de la loi sur les télécommunications. À une époque où les particuliers ne se soucient guère d'être inscrits dans l'annuaire téléphonique et où les aspects de la protection des données sont particulièrement mis en avant, rien ne justifie qu'on privilégie une autre solution que la nouvelle réglementation « opt-in « (art. 3 al. 1 let. u LCD) en lien avec les appels publicitaires. En outre, les avancées technologiques dans le domaine des technologies de transmission ont rendu impératif une interdiction d'usurpation d'un numéro de téléphone, dite interdiction de *spoofing* (art. 3 al. 1 let. v LCD). Puis, afin que les parties particulièrement concernées, notamment les bénéficiaires du télémarketing tels que les compagnies d'assurance et les entreprises de médias, c'est à dire les réels maîtres du télémarketing, soient incitées à agir conformément à la loi, celle-ci doit également être appliquée à leur encontre. La nouvelle interdiction de l'utilisation de débouchés potentiels obtenus de manière déloyale en vertu de l'art. 3 al. 1 let. w LCD, qui est passible de sanctions, permet cette extension et elle oblige les prestataires de services à vérifier l'intégrité de leurs pratiques ainsi que celles de leurs sous-traitants.

On ignore encore dans quelle mesure les autorités pénales feront effectivement usage des possibilités d'application étendues de l'art. 26 LCD relatives au blocage de noms de domaine, respectivement au blocage ou à la révocation de numéros de téléphone. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, la pondération de la gravité de l'atteinte aux droits d'utilisation de l'individu sera déterminante. Il va de soi qu'une intervention ne se justifie pas par la moindre infraction au droit de la concurrence – mais en considérant le caractère préventif de la norme, il faut pouvoir y recourir sans trop d'obstacles. En tout état de cause, ces nouveaux moyens d'application de la loi devraient s'avérer utiles, non seulement pour lutter contre les pratiques déloyales en matière de télémarketing, mais également dans le cadre d'autres violations de la LCD.

© 2021 sic! Stiftung, Bern / Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Jede Verwertung in anderen als in den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verlages.
Tous droits réservés. Toute représentation ou reproduction, intégrale ou partielle, faite sans le consentement préalable de la maison d'édition, est interdite.
Auch auf www.legalis.ch und swisslex.ch / Également sur www.legalis.ch et swisslex.ch