

# *Opt-In Lösung zur Bekämpfung von Spamming*

von Mathias Kummer

([http://www.weblaw.ch/kompetenzzentrum/team.asp?name=mathias\\_kummer](http://www.weblaw.ch/kompetenzzentrum/team.asp?name=mathias_kummer)),  
[www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch)

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für die Zustellung unverlangter E-Mail-Werbung (Spamming) wie sie etwa die EU in verschiedenen Richtlinien kennt, fehlt in der Schweiz bis dato. Bis jetzt hatte – soweit ersichtlich – auch noch kein staatliches Gericht in der Schweiz einen Spam-Streit zu entscheiden. Wann unverlangte Werbe-E-Mails unlauter und damit widerrechtlich sind, ist weitgehend offen.

Spamming wird überwiegend als belästigend angesehen. Das Abrufen und Herunterladen von E-Mails beansprucht Zeit und verursacht Kosten. Der elektronische Briefkasten (Mailbox) wird unnötigerweise mit Werbesendungen überfüllt oder die Speicherkapazität aufgebraucht (Webmail). Damit läuft man Gefahr, wichtige E-Mailnachrichten nicht mehr zu erhalten.

Unverlangte Werbe-E-Mails können für den Empfänger auch von Vorteil sein. Zu denken ist an Preisvergleiche, Hinweise auf Neuigkeiten auf dem Markt und auf die Interessen des Empfängers abgestimmte Informationen.

Durch eine bevorstehende Revision des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) soll das Spamming nun explizit geregelt werden. Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) hat im vergangenen Sommer Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) und seiner Ausführungsbestimmungen in die Vernehmlassung geschickt. Die vorliegende Revision des FMG enthält Bestimmungen, die weitreichende Auswirkungen auf das Direktmarketing zur Folge haben könnten. Der neue Art. 3 lit. n E-UWG lautet wie folgt:

*Art. 3 lit. n E-UWG*

*Unlauter handelt insbesondere, wer:*

*n. Telekommunikationsmittel zu Werbezwecken bei Personen verwendet, die dem nicht ausdrücklich zugestimmt haben und mit denen er oder sie nicht schon in einer Geschäftsbeziehung steht.*

Der Artikel konkretisiert das in der neuen EU-Datenschutzrichtlinie enthaltene “Opt-In“-Modell. Demnach darf nur Werbung zugestellt werden, die der Nutzer angefordert hat. Besteht zwischen dem Empfänger der Werbemitteilung und deren Absender eine Geschäftsbeziehung, so ist eine unverlangte Zustellung von Werbung erlaubt. Auffallend ist, dass **alle Arten der elektronischen Kommunikation (Telefon, Fax, SMS, E-Mail)** von der Bestimmung erfasst werden. Wer gegen Art. 3 lit. n UWG verstösst, kann zivilrechtlich (u.a.

Unterlassungsklage und Schadenersatzklage) und strafrechtlich (Gefängnis oder Busse bis zu CHF 100'000.-) belangt werden.

In Artikel 45a E-FMG soll zudem den Anbieterinnen und Anbietern von Fernmeldediensten mehr Verantwortung übertragen werden. So können Aufsichtsmaßnahmen gegen Sie ergriffen werden, wenn sie zur Übermittlung unverlangter Werbemitteilungen an ihre Kundschaft beitragen.

*Art. 45a E-FMG Unerwünschte Mitteilungen  
Anbieterinnen von Fernmeldediensten verhindern mit geeigneten und zumutbaren  
Massnahmen die Übermittlung von Werbemitteilungen an Kundinnen und Kunden,  
die dazu nicht ihre ausdrückliche Zustimmung gegeben haben oder nicht schon in  
einer Geschäftsbeziehung mit der Absenderin oder dem Absender der Mitteilung stehen.*

Es stellt sich insbesondere folgende Frage: Wie soll ein Fernmeldedienstleister mit zumutbarem Aufwand feststellen können, ob zwischen einem E-Mailempfänger und dem Absender eine Geschäftsbeziehung besteht bzw. ob der E-Mailempfänger vorweg der Zustellung der Werbesendung zugestimmt hat?

Das Opt-In Modell ist sehr restriktiv und umfasst alle Arten der elektronischen Kommunikation. Es gäbe durchaus weniger einschneidende Massnahmen, die den Interessen der Direktmarketingbranche und der Empfänger solcher Werbebotschaften eher gerecht werden würden. So könnte die Zustellung unverlangter Werbe-E-Mail unter Beachtung folgender Aspekte zulässig sein (vgl. zum Ganzen auch Martin Spirig, Werbe-Email: Regulierung mit ökonomischer Zielsetzung, in: [Jusletter 17. Dezember 2001](#)):

- Kennzeichnung als Werbung im Betreff
- Opt-Out aus bestehenden Versandlisten („unsubscribe“-Antwort-E-Mail)
- Beachtung von Robinson-Listen  
Auf solche Listen können sich Personen eintragen, die keine unverlangten Werbe-E-Mails erhalten wollen.
- Wahrheitsgetreue und vollständige Angabe des Absenders
- Erfordernis des Sachzusammenhangs  
Es sollen nur Werbe-E-Mails verschickt werden, welche im mutmasslichen Interesse des Empfängers sind