

**MLaw Alain Anderhub**

# **Zivilrechtliche Ansprüche gegen den Versand von elektronischer Massenwerbung (Spam)**

**Unter besonderer Berücksichtigung  
des neuen Art. 3 lit. o UWG**

# INHALTSÜBERSICHT

VORWORT.....	III
LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS .....	XII
ERLASS-, URTEILS- UND MATERIALIENVERZEICHNIS .....	XXIII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	XXXV
I. EINLEITUNG .....	1
II. DIE PROBLEMATIK VON ELEKTRONISCHER MASSENWERBUNG (SPAM) .....	2
1. Definition von elektronischer Massenwerbung (Spam) .....	2
2. Arten von Spam.....	4
3. Die Spam-Problematik und ihre schädlichen Auswirkungen .....	6
III. RECHTLICHE BEURTEILUNG VON SPAM-WERBUNG AUS ZIVILRECHTLICHER SICHT VOR ERLASS DES ART. 3 LIT. O UWG .....	11
1. Überblick .....	11
2. Rechtliche Qualifikation nach Lauterkeitsrecht.....	12
3. Weitere mögliche Rechtsgrundlagen .....	27
4. Fazit.....	41
IV. DER NEUE ANTI-SPAM-ARTIKEL DER SCHWEIZ – ART. 3 LIT. O UWG.....	43
1. Regelungsbedürfnis – Bedarf nach einem Anti-Spam-Artikel?.....	43
2. Entstehung des Art. 3 lit. o UWG .....	44
3. Die Tatbestandsvoraussetzungen und die Rechtsfolge des Art. 3 lit. o UWG.....	48

4. Lauterkeits(zivil)rechtliche Klagen gegen den unlauteren Versand von elektronischer Massenwerbung (Art. 9/10 i. V.m. Art. 3 lit. o UWG) und deren Durchsetzung in nationalen und internationalen Sachverhalten.....	83
5. Fazit - Die Vorteile des neuen Art. 3 lit. o UWG.....	104
V. VERHÄLTNIS ZWISCHEN ART. 3 LIT. O UWG UND DEN ÜBRIGEN ANSPRUCHSGRUNDLAGEN.....	106
1. Übersicht über die möglichen Anspruchsgrundlagen.....	106
2. Verhältnis zwischen Art. 3 lit. o UWG und der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel (Art. 2 UWG) .....	107
3. Verhältnis zwischen Art. 3 lit. o UWG und den übrigen, ausserhalb des Lauterkeitsrechts stehenden Anspruchsgrundlagen.....	109
VI. ABSCHLIESSENDE WÜRDIGUNG .....	111
ANHÄNGE.....	113

# INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT.....	III
LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS .....	XII
ERLASS-, URTEILS- UND MATERIALIENVERZEICHNIS .....	XXIII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	XXXV
I. EINLEITUNG .....	1
II. DIE PROBLEMATIK VON ELEKTRONISCHER MASSENWERBUNG (SPAM) .....	2
1. Definition von elektronischer Massenwerbung (Spam) .....	2
2. Arten von Spam.....	4
3. Die Spam-Problematik und ihre schädlichen Auswirkungen.....	6
III. RECHTLICHE BEURTEILUNG VON SPAM-WERBUNG AUS ZIVILRECHTLICHER SICHT VOR ERLASS DES ART. 3 LIT. O UWG .....	11
1. Überblick .....	11
2. Rechtliche Qualifikation nach Lauterkeitsrecht.....	12
A. Übersicht .....	12
B. Generalklausel (Art. 2 UWG) .....	12
a) Grundsätzliches zur Generalklausel .....	12
b) Elektronische Massenwerbung als unlauteres Verhalten i.S.v. Art. 2 UWG? .....	15
aa) Rechtliche Beurteilung vor Erlass des neuen Art. 3 lit. o UWG.....	16
bb) Rechtliche Beurteilung nach Erlass des neuen Art. 3 lit. o UWG.....	18

C. Der Spezialtatbestand von Art. 3 lit. h UWG.....	19
a) 1. Tatbestandsvoraussetzung: Verkaufsmethode.....	20
b) 2. Tatbestandsvoraussetzung: Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit aufgrund besonderer Aggressivität.....	21
c) Spamming als besonders aggressive Verkaufsmethode i.S.v. Art. 3 lit. h UWG?.....	23
D. Zwischenfazit .....	26
3. Weitere mögliche Rechtsgrundlagen .....	27
A. Ansprüche aus Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB) .....	27
B. Ansprüche aus Datenschutzrecht (Datenschutzgesetz, DSG).....	32
C. Ansprüche aus dem Sachenrecht (Art. 641 Abs. 2 ZGB und Art. 928 ZGB).....	37
D. Regulierung der Schweizerischen Lauterkeitskommission (Grundsatz 4.4).....	40
4. Fazit.....	41
V. DER NEUE ANTI-SPAM-ARTIKEL DER SCHWEIZ – ART. 3 LIT. O UWG.....	43
1. Regelungsbedürfnis – Bedarf nach einem Anti-Spam-Artikel?.....	43
2. Entstehung des Art. 3 lit. o UWG .....	44
3. Die Tatbestandsvoraussetzungen und die Rechtsfolge des Art. 3 lit. o UWG.....	48
A. Überblick über die einzelnen kumulativen Tatbestandsvoraussetzungen gemäss Wortlaut des Art. 3 lit. o UWG .....	48
B. Grundvoraussetzung: Eröffnung des Geltungsbereichs des UWG .....	50
a) Sachlicher Geltungsbereich.....	50
b) Persönlicher Geltungsbereich.....	53
c) Örtlicher Geltungsbereich.....	54

d)	Zeitlicher Geltungsbereich.....	55
C.	Tatbestandsvoraussetzung 1: Automatisierte Massenwerbung.....	56
a)	Werbung.....	57
b)	Massenversand.....	57
D.	Tatbestandsvoraussetzung 2: Kein direkter Zusammenhang der Massenwerbung mit einem angeforderten Inhalt.....	60
E.	Tatbestandsvoraussetzung 3: Fernmeldetechnischer Versand oder Veranlassung einer fernmeldetechnischen Sendung.....	62
F.	Tatbestandsvoraussetzung 4: Unterlassung der Einholung einer Einwilligung des Kunden, der Angabe des korrekten Absenders oder des Hinweises auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit.....	64
a)	Unterlassung der Einholung einer Einwilligung.....	65
b)	Unterlassung der Angabe des korrekten Absenders.....	71
c)	Unterlassung des Hinweises auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit.....	72
aa)	Hinweis auf eine Ablehnungsmöglichkeit.....	72
bb)	Problemlose Möglichkeit der Ablehnung.....	73
cc)	Kostenlose Möglichkeit der Ablehnung.....	78
d)	Einwilligung des Kunden, Absenderangabe und Ablehnungsmöglichkeit als kumulative Voraussetzungen für einen lautereren elektronischen Werbeversand.....	80
G.	Rechtsfolge: Vorliegen einer unlauteren Handlung.....	83
4.	Lauterkeits(zivil)rechtliche Klagen gegen den unlauteren Versand von elektronischer Massenwerbung (Art. 9/10 i.V.m. Art. 3 lit. o UWG) und deren Durchsetzung in nationalen und internationalen Sachverhalten.....	83
A.	Übersicht.....	83

B. Die Klagemöglichkeiten des Spam-Empfängers nach UWG.....	83
a) Aktivlegitimation .....	84
b) Passivlegitimation .....	85
c) Einzelne Klagemöglichkeiten .....	88
aa) Abwehransprüche (Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG).....	88
bb) Reparatorische Ansprüche (Art. 9 Abs. 3 UWG)....	89
cc) Strafrechtliche Folgen (Art. 23 UWG) .....	90
dd) Beurteilung der einzelnen Klagemöglichkeiten im Bereich des Spamming .....	92
ee) Die Unterlassungsklage (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG) im Speziellen sowie die präventive Unterlassungsanordnung mittels vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmen.....	94
C. Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche in nationalen und internationalen Sachverhalten – einige zivilprozessuale Aspekte .....	97
a) Durchsetzung in nationalen Sachverhalten.....	97
aa) Örtliche Zuständigkeit .....	97
bb) Sachliche und funktionale Zuständigkeit sowie Verfahrensvorschriften .....	99
b) Durchsetzung in internationalen Sachverhalten .....	100
aa) Örtliche Zuständigkeit .....	100
bb) Anwendbares Recht – das Marktauswirkungsprinzip.....	102
cc) Anerkennung und Vollstreckung von Spam-Urteilen in der Schweiz und im Ausland .....	103
5. Fazit – Die Vorteile des neuen Art. 3 lit. o UWG .....	104
V. VERHÄLTNIS ZWISCHEN ART. 3 LIT. O UWG UND DEN ÜBRIGEN ANSPRUCHSGRUNDLAGEN.....	106
1. Übersicht über die möglichen Anspruchsgrundlagen.....	106

2. Verhältnis zwischen Art. 3 lit. o UWG und der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel (Art. 2 UWG) .....	107
3. Verhältnis zwischen Art. 3 lit. o UWG und den übrigen, ausserhalb des Lauterkeitsrechts stehenden Anspruchsgrundlagen.....	109
VI. ABSCHLIESSENDE WÜRDIGUNG .....	111
ANHANG I: ÜBERSICHT ÜBER DIE EINZELNEN ANSPRUCHSGRUNDLAGEN GEGEN SPAMMING NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT .....	113
ANHANG II: ABGRENZUNG ART. 3 LIT. H UWG – ART. 2 UWG .....	114
ANHANG III: ABGRENZUNG ART. 3 LIT. O UWG – ART. 2 UWG .....	115
ANHANG IV: ANTI-SPAM-REGELUNGEN IN DER SCHWEIZ (ART. 3 LIT. O UWG) UND IM AUSLAND .....	116
Schweiz: Art. 3 lit. o UWG .....	116
EU: Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG).....	116
EU: Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (RL 95/46/EG) .....	118
Deutschland: § 7 dUWG und § 6 dTMG .....	119
Österreich: § 107 öTKG .....	121
USA: CANSPAM-Act .....	123