

bratschi
wiederkehr
& buob



Online Marketing im Spiegel des (neuen) UWG

Reto Arpagaus | 29. August 2012

Online Marketing im Spiegel des (neuen) UWG

Online Marketing – Was beschäftigt die Praxis, und wo steht der Gesetzgeber?

Bisher: Art. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. a, b, d, e, o

«Neuerungen» im Lauterkeitsrecht

- Art. 3 Abs. 1 lit. p-u – Sechs neue Spezialtatbestände
- Art. 8 (rev.)

> einschlägig im Online Marketing?

Begriffliche Einordnung

«**Marketing**» – Verkauf/Vertrieb – Werbung > **Aktivitäten**

- **Werbung** («kommerzielle Kommunikation») für Waren und Dienstleistungen (>< reine Imagewerbung)
 - «Klassische» Online-Werbung («Display»): Banner/Anzeigen, Pop-ups, Links, Web(Site)-Sponsoring; unzählige Anbieter
 - Suchmaschinen-Werbung (SEM) (Werbung in Funktion der Suchbegriffe; Metatags, Word-Stuffing); wenige Anbieter
- **Abschluss von Rechtsgeschäften** (E-Commerce)

Begriffliche Einordnung

«**Online**» (Internet) – E-Mail / Mobilfunk / Telefonie > **Mittel**

- Internet als zentrales Werbemedium
- E-Mail/SMS > Spam (unangefordert/ungewünscht)
- Web 2.0 > Individualisierung durch Interaktion, Targeting, Profiling; Cookies, Web-Bugs/Tracking, Logfile-Daten (IP-Adressen, Zeiten/Daten, Browser, Betriebssystem) > DSGVO
- Affiliate-/Associate-Programme: Verfeinerung der Marketing-Aktivitäten durch zur Verfügung Stellen der eigenen Website für Werbung eines Dritten

Grundsätzliches zum UWG - 1

Anwendungsbereich UWG – «**Wettbewerbshandlung**» - h.L.: weite Auslegung

«Jedes Verhalten, das objektiv dazu bestimmt oder dazu geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinflussen» (124 III 297, 302 – Motor-Columbus AG; 120 II 78 – Mikrowellenherd I)

- nur wettbewerbsgerichtetes, marktrelevantes Verhalten
- **nicht** Verhalten, das in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgt
- **nicht** rein private Verhaltensweisen, **nicht** rein ideelle Zielsetzung

Grundsätzliches zum UWG - 2

Art. 1 UWG (Zweckartikel)

«Dieses Gesetz bezweckt, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten.»

Art. 2 UWG (Generalklausel):

«Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.»

Was beschäftigt die Online-Praxis?

- Digitale Werbenetzwerke
- Optimierung der Platzierung, Individualisierung (Targeting) und Monetarisierung von *Werbung* auf Websites
- Markt für Vermittlung und Verkauf von Online-Werbeflächen
- Premium-Publisher (Einzel/Direkt) und Performance-Publisher (Masse, Netzwerk/Affiliates)
- User lenkt sich zunehmend selber – Praxis verfeinert dieses System
- Setzen von Cookies erlaubt Targeting, Profiling, Segmentierung

Womit hat sich der Gesetzgeber bei der UWG-Revision 2011 befasst?

- Angebote und Werbung für Eintragungen in Verzeichnisse und für Anzeigenaufträge (Art. 3 Abs. 1 **lit. p und q** UWG)
- Marketing- und Vertriebssysteme nach dem Schneeballprinzip (Art. 3 Abs. 1 **lit. r** UWG)
- Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 3 Abs. 1 **lit. s** UWG)

Womit hat sich der Gesetzgeber bei der UWG-Revision 2011 befasst?

- Unlautere Bedingungen im Rahmen von Gewinnversprechen bei Verlosung und ähnlichen Dienstleistungen (Art. 3 Abs. 1 **lit. t** UWG)
- Missachtung des * - Vermerks im Telefonbuch (Art. 3 Abs. 1 **lit. u** UWG)
- Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (**Art. 8** UWG)

Angebote und Werbung für Eintragungen in Verzeichnisse und für Anzeigenaufträge (Art. 3 Abs. 1 lit. p) - 1

«Unlauter handelt ..., **wer** mittels Offertformularen, Korrekturangeboten oder Ähnlichem für Eintragungen in Verzeichnisse jeglicher Art oder für Anzeigenaufträge **wirbt** oder solche Eintragungen oder Anzeigenaufträge **unmittelbar anbietet**, ohne in grosser Schrift, an gut sichtbarer Stelle und in verständlicher Sprache auf Folgendes hinzuweisen:

1. die Entgeltlichkeit und den privaten Charakter des Angebots,
2. die Laufzeit des Vertrags,
3. den Gesamtpreis entsprechend der Laufzeit, und
4. die geografische Verbreitung, die Form, die Mindestauflage und den spätesten Zeitpunkt der Publikation.»

Angebote und Werbung für Eintragungen in Verzeichnisse und für Anzeigenaufträge (Art. 3 Abs. 1 lit. q) - 2

«Unlauter handelt ..., **wer** für Eintragungen in Verzeichnisse jeglicher Art oder für Anzeigenaufträge **Rechnungen verschickt**, ohne vorgängig einen entsprechenden Auftrag erhalten zu haben»

Angebote und Werbung für Eintragungen in Verzeichnisse und für Anzeigenaufträge (Art. 3 Abs. 1 lit. p und q UWG) - 3

- Vor 1.4.2012: Generalklausel (Art. 2) sowie insbesondere die Spezialtatbestände Art. 3 Abs. 1 lit. b oder lit. d (129 IV 49)
- «Unmittelbares **Anbieten**» (=Verkauf) und «**Werbung**»: auch mittelbare Angebote in schriftlicher oder **elektronischer** Form
- Bestimmung anwendbar auf Aktivitäten im Bereich des Online-Marketing
- Strafrecht (Legalitätsprinzip)

Offertrechnungen (Art. 3 Abs. 1 lit. q UWG) - 4

- Schwesterbestimmung zu lit. p – **Versand von Rechnungen** ohne vorangegangenen Auftrag = per se unlauter
- "verschickt" – **auch elektronischer Versand**
- gemäss Wortlaut nur auf Dienstleistungen für Verzeichniseinträge und Anzeigenaufträge anwendbar (>< UGP-Richtlinie, diese dafür nur B2C)
- Kein qualifiziertes Schweigen: Generalklausel und andere Spezialtatbestände (lit. b, lit. d, lit. e, lit. h, lit. i oder lit. o)

Marketing- und Vertriebssysteme nach dem Schneeballprinzip (Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG) - 1

«Unlauter handelt insbesondere, **wer** jemandem die **Lieferung von Waren**, die **Ausrichtung von Prämien** oder **andere Leistungen** zu Bedingungen **in Aussicht stellt**, die für diesen hauptsächlich durch die Anwerbung weiterer Personen einen Vorteil bedeuten und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Waren oder Leistungen (Schneeball-, Lawinen- oder Pyramidensystem).»

Marketing- und Vertriebssysteme nach dem Schneeballprinzip (Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG) - 2

- «Verkaufs- und Vertriebssysteme» (Botschaft 6159) - «Vertriebs- und Marketingsysteme» (Botschaft 6176), «Absatz- und Verkaufsförderungssysteme (Botschaft 6172)
- «Lieferung von Waren» > Vertrieb
- «Ausrichtung von Prämien» > Vermittlungs-Provisionen
- «Andere Leistungen» > catch all-Norm

Marketing- und Vertriebssysteme nach dem Schneeballprinzip (Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG) - 4

- «Anwerben weiterer Personen»
- Abgrenzung zu zulässigen Multi Level-Marketingsystemen (MLM)
- Auch «Tell-a-Friend»-Aktionen (Virales Marketing).
- Keine Beschränkung der gewählten Medien > auch im **Online-Marketing** anwendbar

Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG) - 1

Unlauter handelt insbesondere, **wer** Waren, Werke oder Leistungen **im elektronischen Geschäftsverkehr anbietet** und es dabei unterlässt:

1. klare und vollständige Angaben über seine Identität und seine Kontaktadresse einschliesslich derjenigen der elektronischen Post zu machen,
2. auf die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsabschluss führen, hinzuweisen,
3. angemessene technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können, und
4. die Bestellung des Kunden unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen.

Absatz 1 Buchstabe s findet **keine Anwendung** auf die Sprachtelefonie und auf Verträge, die ausschliesslich durch den Austausch von elektronischer Post oder durch vergleichbare individuelle Kommunikation geschlossen werden.

Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG) - 2

E-Commerce Bestimmung (Vertrieb)

- Transparenz und Stärkung des Vertrauens in den E-Commerce als Hauptziel; «Konkretisierung» von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG – Konsumentenschutznorm
- EU-RL über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL-EGV) sowie über den Verbraucherschutz beim Fernabsatz (RL-VS-FA)
- Bewusste Abweichungen? Entgeltlichkeit (EU), Informationen leicht, unmittelbar und ständig verfügbar (EU), Beschränkung auf gewerbliche Anbieter (EU)

Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG) - 3

- «Elektronischer – Geschäftsverkehr» – **umfassend**, aber keine (reine) Werbung
- «Waren, Werke und Leistungen» - **umfassend**
- «Anbieten» - **umfassend**, inkl. Einladungen zur Offertstellung; aber nicht bei bloss allgemein zur kommerziellen Kommunikation (Werbung oder Information) eingesetzten Websites
- Anwendbar auch bei (für den Kunden) unentgeltlichen Angeboten (z.B. Anbieter von Social Media, Gratis-Software, Gratis-Informationsplattformen)?
- Online-Auktionen

Gewinnversprechen bei Verlosungen und ähnlichen Dienstleistungen, sog. «Danaer»-Gewinne (Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG) - 1

«Unlauter handelt insbesondere, **wer** im Rahmen eines Wettbewerbs oder einer Verlosung **einen Gewinn verspricht, dessen Einlösung an** die Inanspruchnahme einer kostenpflichtigen Mehrwertdienstnummer, die Leistung einer Aufwandsentschädigung, den Kauf einer Ware oder Dienstleistung oder an die Teilnahme an einer Verkaufsveranstaltung, Werbefahrt oder einer weiteren Verlosung **gebunden ist.**»

Gewinnversprechen bei Verlosung und ähnlichen Dienstleistungen, sog. «Danaer»-Gewinne (Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG) - 3

- «Gewinnversprechen» - beliebiger geldwerter Vorteil für den «Teilnehmer»
- Medium, das für das Gewinnversprechen benutzt wird, unbeachtlich > auch **online**.
- «Wettbewerb» oder «Verlosung» - irrelevant, ob (ausnahmsweise sogar) stattgefunden; andere «Aktivitäten»? unnötige Einschränkung...

Missachtung des *-Vermerks im Telefonbuch (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG) -1

«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.»

Missachtung des Vermerks im Telefonbuch (Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG) - 2

- Schutz vor Auswüchsen des Telemarketings – “**Tele**” und “**Marketing**” > Fern - Absatzbemühungen (inkl. Werbung)
- Konsumentenschutz und Vermeidung von Dysfunktionalitäten des Wettbewerbs (Art. 1)
- „Telefonbuch“
- *-Einträge – Art. 88 FDV
- „Kunde“

Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) - 1

Alter Wortlaut:

Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

- a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen; oder
- b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen

Wortlaut seit 1. Juli 2012:

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) - 2

- **Vertrieb / E-Commerce** > Kauf von Waren/DL
- **AGB-Themen:** Einbezug in Vertrag – Auslegung – Inhaltskontrolle > Art. 8 befasst sich mit Letzterem – atypische «vertragsrechtliche» Norm
- Zentral: *Massstab* der Inhaltskontrolle
- EU-Richtlinie 93/13/EWG vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (sog. «Klausel-Richtlinie»)

Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) - 4

- «**Missbräuchliche Geschäftsbedingungen**» (Marginale [gemäss Botschaft]); Nur Missbrauchskontrolle?
Parlamentarische Debatte: Art. 8 soll «freie Überprüfung» ermöglichen...
- Sachlicher Anwendungsbereich - Keine Definition von «AGB» - «Verwendet»

Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) - 5

- Persönlicher Anwendungsbereich: «**zum Nachteil von Konsumenten**»
- Keine Definition von «Konsument»; Art. 32 Abs. 2 ZPO > Verträge über Leistungen des «üblichen Verbrauchs» (keine Luxuswaren).
- Kein B2B – keine KMU (>< Botschaft)

Klassische Online-Werbung – «Display»

- Banner/Anzeigen
- Pop-ups/Interstitials
- Links (Surface Links, Deep Links, Inline-Links/Frames)
- Web(site)-Sponsoring
- Ingame-Advertising
- E-Mail


Web 2.0 Online Marketing – Methoden

- Targeting-Techniken (Zielgruppenansprache; kontextsensitive Werbung; Segmentierung von Zielgruppen; Profiling)
- Re-Targeting
- Interaktion mit dem User
- Social Media-Marketing
- Virales Marketing

Web 2.0 Online-Werbung – Kanäle

- Blogs
- Twitter-Mitteilungen
- Podcasts
- Social Networks
- Affiliate- und Network-Marketing

bratschi
wiederkehr
& buob



The screenshot shows a LinkedIn profile page. On the right sidebar, there is a section titled "Ads by LinkedIn Members" which is highlighted with a red rectangular box. This section contains three promotional cards:

- New book on Arbitration**: Arbitration, the next 50 years, by Albert Jan van den Berg, Order Now. The card features a book cover image.
- Master Degree in 1 Year**: Online Master in Leading Innovation and Change from York St John University. The card features an image of a university building at night.
- Try our Trading Platforms**: Simply register for free and gain instant access to our three platforms !. The card features an image of a laptop and a tablet.

Suchmaschinen-Werbung -1

Ranking-«Optimierung» (-Manipulationen); Website- und Suchmaschinen-Betreiber; Verwendung sachfremder Begriffe – Techniken zur besseren Platzierung im Ranking

- Anwendbarkeit UWG?
- ev. Behinderung von Mitbewerbern (Art. 2 UWG)
- (Ent-)Täuschung von Nutzern – Irreführung über Betriebsherkunft (Art. 3 Abs. 1 lit. b, d)

Meta-Suchmaschinen: Art. 5 lit. c

Suchmaschinen-Werbung -2

«**Adwords-Werbung**» – Keyword-Advertising; Werbung in Funktion/Abhängigkeit der vom User verwendeten Suchbegriffe

- Irreführung (lit. b) und Schaffung von Verwechslungsgefahr (lit.d)

«**Click-Spamming**» – bei «Pay per Click»-basierten Entschädigungen

- Unlauterkeit in der Verhinderung von Adwords-Werbung? Google «Markenbeschwerde»; «Duravit»-Entscheid (D)
- Art. 2 UWG, Art. 2 Abs. 2 ZGB

«Adwords-Werbung» – Keyword-Advertising; Werbung in Funktion/Abhängigkeit der vom User verwendeten Suchbegriffe

Ungefähr 945'000'000 Ergebnisse (0.34 Sekunden)

Anzeigen zu **Auto**

Warum sehe ich diese Anzeigen?

Auto | [AutoScout24.ch](#)
[www.autoscout24.ch/](#)
 Autoscout24 für Zürich: **Autos** inserieren & suchen in Ihrer Region

Insertions-Preise Audi Occasionen
 Auto inserieren Auto News

Auto - [car4you.ch](#) - Das Schweizer Autoportal.
[www.car4you.ch/autos](#)
 Kaufen oder Verkaufen Sie Ihr **Auto**!
 Auto kaufen - Auto verkaufen - Occasionen - Gratis Inserieren für Private

[car4you.ch](#) | **Auto**, Fahrzeuge, Occasionen oder Neuwagen | **Autos** ...
[www.car4you.ch/](#)
Auto gesucht? Egal ob Neuwagen oder **Auto** Occasion, bei car4you finden Sie **Autos** und Motorräder aller Art. Kaufen oder verkaufen Sie Ihr **Auto** bei car4you!
 VW - Mercedes-Benz - BMW - Audi

Occasion Auto Schweiz | Gebrauchtwagen Schweiz | [auto.ricardo.ch](#)

Karte für **Auto**

©2012 Google Map data ©2012 Google

Anzeigen - Warum sehe ich diese Anzeigen?

Occasion auto
[www.fahrzeugnet.ch/](#)
 Occasion kaufen oder verkaufen.
 Günstige Occasionen und Neuwagen!

Auto
[www.auto.ricardo.ch/Auto-Occasionen](#)
 Grosse Auswahl an Gebrauchtwagen.
 Alle Marken sicher günstig kaufen!

E-Commerce

Weitläufiges Thema - gängige Fragen

Was in der bzw. für die Schweiz neu ist:

- Vertragsanbahnung und –abschluss (Art. 3 Abs. 1 **lit. s** UWG)
- AGB: Inhaltskontrolle (**Art. 8** UWG) - Weder restriktive Missbrauchskontrolle noch uneingeschränkte offene Inhaltskontrolle
- D: Seit 1.8.2012 sog. «Button-Gesetz» - CH-Webshops betroffen

E-Commerce

Was trotz UWG-Revision bleibt:

- Gesetzliches Widerrufsrecht: CH: **Nein** (EU: Ja – 7 Tage; Ausnahmen)
- Gesetzlich maximale Lieferfristen CH: **Keine** (EU: Ja – 30 Tage; dispositiv)
- Gesetzliche Gewährleistung: **Vertrag / AGB / OR** (EU: 2 Jahre)

Erkenntnisse

Was hat die UWG-Revision im Bereich Online Marketing gebracht?

- Neue Spezialtatbestände > **auch** auf Online-Aktivitäten anwendbar, lit. s sogar ausschliesslich

Ansonsten? – vieles beim «Alten»:

- Nutzer: Irreführung/Täuschung (Art. 3 Abs. 1 lit. b) – Erkennbarkeit / Trennungsgebot; Belästigung (Art. 2)
- Mitbewerber: Behinderung (Art. 2)

Erkenntnisse

- UWG «entwickelt» sich hinter der unlauteren Praxis her – regelt oft nur gerade aktuelle Einzelfälle
- UWG-Revision orientiert sich nicht nur – aber auch – an Online-Praxis
- UWG-Revision > über weite Strecken «Schnellschüsse», strafrechtliches Legalitätsprinzip
- UWG tendiert zum Konsumentenschutzrecht - Rückbesinnung auf die Funktion des UWG (Dreidimensionalität)
- Art. 2 UWG wäre als gutes «Hilfsmittel» vorhanden.

bratschi
wiederkehr
& buob



Online Marketing im Spiegel des (neuen) UWG
Vielen Dank!