

Erste Kammer/Première Chambre 14.9.2011

Hängige Verfahren/Procédures en cours

Konkurrentenbeschwerde

- a) Nr. 218/11
(Promotion von Medien im Werbemarkt – Radiowerbung «Schon über 100 Hörer täglich ...»)

Verfahren/Procédures

- 1) N° 256/11
(Sexisme – Annonce publicitaire «2 pièces avec balcon, libre de suite»)
- 2) Nr. 263/11
(Sexismus – Plakat und Werbespot: «Die neuen ██████ Shower Gels»)
- 3) Nr. 308/11
(Alkoholwerbung – Plakat für Wein an der ██████ strasse in Zürich)
- 4) N° 255/11
(Indications inexactes – «Livvable sous 1-2 jours»)
- 5) Nr. 270/11
(Preisbekanntgabe – Preisangabe Dienstleistungspaket)
- 6) Nr. 287/11
(Preisbekanntgabe – «Statt»-Preise)
- 7) Nr. 296/11
(Internet – Missbräuchliche Um-/Weiterleitung von Internetseiten)
- 8) Nr. 245/11
(«Stopp Werbung»-Kleber – Unadressierte Werbung im Briefkasten von Non-Profit-Verein)
- 9) Nr. 260/11
(«Stopp Werbung»-Kleber – Unadressierte Werbung im Briefkasten von «gemeinnützigem» Verein)
- 10) Nr. 293/11
(«Stopp Werbung»-Kleber – Dienstleisterin bestreitet den Einwurf der gerügten unadressierten Werbung)
- 11) Nr. 290/11
(SPAM – Unerwünschte Werbemails)
- 12) Nr. 226/11
(Telefonmarketing bei Sterneintrag – Versehen eines Mitarbeiters)
- 13) Nr. 258/11
(Telefonmarketing bei Sterneintrag – Täuschende Angaben zur Identität des Anrufers)
- 14) Nr. 249/11
(Telefonmarketing – Persönlichkeits- und Datenschutz)
- 15) Nr. 248/11
(Telefonmarketing bei nicht eingetragener Nummer – Einwilligung zur Kontaktnahme)
- 16) Nr. 301/11
(Telefonmarketing bei nicht eingetragener Nummer – Ohne Einwilligung zur Kontaktnahme)

Hängige Verfahren/Procédures en cours

Konkurrentenbeschwerde

a) Nr. 218/11

(Promotion von Medien im Werbemarkt – Radiowerbung «Schon über 100 Hörer täglich ...»)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Beschwerdegegnerin via Printwerbung und im Internet behauptet, sie habe «Schon über 100'000 Hörer täglich Dies beweisen die offiziellen Zahlen. Über 100'000 Hörer haben Februar/März 2011 im Schnitt täglich Radio [REDACTED] gehört (Quelle: Publica Data, Tages-NR Schweiz)». Diese Behauptung widerspreche einerseits dem Grundsatz Nr. 5.5 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission, andererseits das diesen Grundsatz konkretisierende Agreement über die Publikation von Hörerzahlen aus Radiocontrol, welches die Publica Data AG (PDAG) verfasst habe.
- Die Beschwerdegegnerin erwidert, dass weder die Grundsätze der Lauterkeitskommission noch das Agreement der PDAG verletzt würden. Die Angaben seien hinreichend, eindeutig und wahrheitsgemäss deklariert. Die Grundlage der Kommunikation würden die Hörerzahlen der Monate Februar und März 2011 bilden.
- Da die Radiocontrol-Hörerdaten der Monate Februar und März 2011 nicht öffentlich verfügbar sind und die Beschwerdegegnerin diese auch nicht zum Beweis vorlegte, forderte die Dritte Kammer mit Beschluss vom 29. Juni 2011 die Beschwerdegegnerin auf (eröffnet am 20. Juli 2011), dem Sekretariat der Kommission die Originaldaten der Publica Data AG für den von ihr geltend gemachten Zeitrahmen einzureichen. Die Dritte Kammer stellte sich nämlich insbesondere die Frage, ob aufgrund der öffentlich verfügbaren Hörerzahlen für das 2. Semester eine Berechnung unter Berücksichtigung der Daten von Montag bis Freitag erfolgte.
- Die Beschwerdegegnerin kam der Aufforderung zur Einreichung der angeforderten Unterlagen fristgerecht nach.
- Unlauter handelt unter anderem, wer über seine Waren und Leistungen unrichtige oder irreführende Angaben macht (Art. 3 lit. b UWG). Jeder Werbetreibende muss die Richtigkeit seiner Werbeaussagen beweisen können (Grundsatz Nr. 1.9 und Art. 13a Abs. 1 UWG). Die Beschwerdegegnerin zeigt mit den nachgereichten Unterlagen glaubhaft auf, dass die behaupteten Hörerzahlen basierend auf den gängigen Erhebungsmethoden faktisch korrekt sind. Ob diese Methoden repräsentativ sind und die definierten Intervalle angemessen sind, muss innerhalb der Branche geregelt werden. Eine lauterkeitsrechtliche Unrichtigkeit oder Irreführung ist damit noch nicht gegeben. Auch die Verletzung brancheninterner Agreements hat die Lauterkeitskommission nicht zu beurteilen.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Verfahren/Procédures

1) N° 256/11 (Sexisme – Annonce publicitaire «2 pièces avec balcon, libre de suite»)

La Première Chambre,

considérant ce qui suit :

- De l'avis de la partie plaignante, le sujet de l'annonce publicitaire concernée enfreint la Règle n° 3.11. Selon elle, la femme est présentée comme un objet, et il n'existe aucun lien entre celle-ci et le contenu vanté.
- La partie défenderesse réplique en déclarant que la publicité ne discriminerait pas l'un des sexes puisqu'il y aurait aussi bien un sujet femme qu'un sujet homme. En outre, selon elle, la campagne a un contexte humoristique. Son objectif serait de faire sourire le public, et non de choquer.
- Conformément à la Règle n° 3.11, chiffre 1, une publicité qui discrimine l'un des sexes en attendant à la dignité de la femme ou de l'homme n'est pas admissible. Selon le chiffre 2 de cette règle, l'on est notamment en présence d'une publicité sexiste lorsqu'il n'existe pas de lien naturel entre la personne représentant l'un des sexes et le produit vanté et que la personne sert d'aguiche dans une représentation purement décorative.
- Dans le présent sujet, une femme dont la tête n'est pas visible porte un bikini et est mise en relation avec le texte publicitaire suivant: «2 pièces avec balcon, libre de suite» pour faire de la publicité en rapport avec des offres pour des appartements locatifs. A cet égard, le décolleté sert exclusivement d'aguiche afin d'attirer le regard vers l'annonce publicitaire, et il n'existe en outre aucun lien naturel entre la femme présentée comme un pur objet et le contenu vanté.
- L'argumentation de la partie défenderesse selon laquelle la publicité ne serait pas sexiste puisqu'il existe un sujet homme et un sujet femme n'est pas pertinente. D'une part, elle affirme qu'il existe encore une publicité avec un mannequin homme, mais sans la présenter. D'autre part, chaque sujet constitue un sujet autonome en tant que tel et doit être évalué de manière séparée s'agissant d'une éventuelle infraction à la Règle n° 3.11. Dès lors, l'existence possible d'un sujet homme sous une forme similaire ne supprime de toute façon pas le caractère de communication déloyale du présent sujet. Partant, la plainte doit être approuvée.

rend l'arrêt suivant :

La partie défenderesse a enfreint la Règle n° 3.11 et est sommée de renoncer à faire usage du présent sujet à l'avenir.



2) Nr. 263/11
(Sexismus – Plakat und Werbespot: «Die neuen ██████ Shower Gels»)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Die Beschwerdeführerin erachtet die Plakat- und Internetwerbung für die erwähnten Shower Gels als sexistische kommerzielle Kommunikation.
- Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde, da die Werbung weder Sexismus noch Geschlechterdiskriminierung beinhalte und mit Hinblick auf die Zielgruppe augenzwinkernd und offensichtlich humoristisch gemeint sei und sich mit Bildern der Zielgruppe auf spasshafte, werberisch übertriebene Art auseinandersetze. Zudem sei gestützt auf Art. 10 des Geschäftsreglements auf die Beschwerde nicht einzutreten.
- Nach ständiger Rechtsprechung der Lauterkeitskommission bezieht sich Art. 10 des Geschäftsreglements auf die Fälle der Nichtanhandnahme von Art. 9. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.
- Das zu beurteilende Sujet verstösst nicht gegen den Grundsatz Nr. 3.11 der Lauterkeitskommission und ist somit nicht als geschlechterdiskriminierende Werbung zu werten. Der Werbetext bezieht sich nicht auf bzw. gegen das weibliche Geschlecht, sondern auf einen (möglichen) Geschlechtsakt. Wie die selbstbewussten Protagonistinnen des beanstandeten Werbespots am Ende darstellen, bestimmen diese, ob es soweit kommt oder nicht. Die Spot-Werbung ist offensichtlich humoristisch, überzeichnet und provokativ, aber nicht offensiv. Es ist daher zu verneinen, dass mit der vorliegenden Werbung das weibliche Geschlecht im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.11 diskriminiert wird. Über den Geschmack der vorliegenden kommerziellen Kommunikation hat die Lauterkeitskommission nicht zu befinden.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerde wird abgewiesen.



3) Nr. 308/11
(Alkoholwerbung – Plakat für Wein an der [REDACTED]strasse in Zürich)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass ein Plakat der Werbetreibenden für Weinwerbung schräg gegenüber einer Berufsschule platziert sei, welche von Minderjährigen besucht werde. Damit verstosse diese Plakatwerbung gegen den Grundsatz Nr. 5.9.
- Die Werbetreibende teilt mit, dass nie die Absicht bestand, ihre Werbung an Jugendliche zu richten. Bei einer Plakatstelle im öffentlichen Raum sei es unvermeidbar, dass Jugendliche diese einsehen könnten. Die andere Beschwerdegegnerin erklärt, dass sich die fragliche Plakatstelle tatsächlich in der Nähe eines Schulhauses befinde. Die primäre Zielgruppe seien jedoch die Strassenbenützer, was auch durch die Ausrichtung der Plakatstelle klar zum Ausdruck komme.
- Gemäss Grundsatz Nr. 5.9 Ziff. 1 ist jede Werbung für alkoholische Getränke untersagt, die sich speziell an Jugendliche unter 18 Jahren (Jugendliche) richtet und bezweckt, diese zum Konsum von Alkohol zu veranlassen. Verboten ist insbesondere die Werbung an Orten, wo sich hauptsächlich Jugendliche aufhalten. Auch die Verordnung des EDI über alkoholische Getränke (VEaG; SR 817.022.110) verbietet gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a jede Anpreisung alkoholischer Getränke, die sich speziell an Jugendliche unter 18 Jahren richtet, an Orten, wo sich hauptsächlich Jugendliche aufhalten.
- Weder der Grundsatz der Lauterkeitskommission noch die Verordnung des EDI beinhalten eine Umkreisregel, nach welcher Werbung für Alkoholika unter 15 Volumenprozent im Umkreis von weniger als 100 Metern von einer wesentlich von Minderjährigen besuchten Schule verboten ist (so wie es für Tabak gemäss Art. 2.2.1 lit. a der Vereinbarung mit der Zigarettenindustrie und für Spirituosen gemäss Art. 11 des Verhaltenskodex der Spirituosenindustrie im Rahmen einer Selbstbeschränkung gilt). Der Lauterkeitskommission sind auch keine staatlichen Entscheide bekannt, wonach die staatliche Bestimmung der EDI-Verordnung mit einer 100-Meter-Regel gleichgesetzt werden kann. Es bedürfte hierzu also gerichtlicher Präjudizien. In räumlicher Hinsicht ist somit ausschliesslich in Erwägung zu ziehen, ob es sich beim Standort der entsprechenden Plakatstelle im Einzelfall um einen Ort handelt, an welchem sich hauptsächlich Jugendliche aufhalten.
- Im vorliegenden Fall macht der Beschwerdeführer dazu keine Ausführungen, da er die 100-Meter-Regel der anderen Vorschriften analog anwendet. Es ist daher auf die glaubhaften Ausführungen der Beschwerdegegnerin abzustellen, wonach die Örtlichkeit der Plakatstelle hauptsächlich von Erwachsenen über 18 Jahren frequentiert wird.
- Da der Beschwerdeführer auch keine Angaben macht, warum sich diese Werbung speziell an Jugendliche unter 18 Jahren richtet und auch keine entsprechenden Anzeichen für ein solches Zielpublikum erkennbar sind, ist die Beschwerde abzuweisen.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

4) N° 255/11
(Indications inexactes – «Livrable sous 1-2 jours»)

La Première Chambre,

considérant ce qui suit :

- La partie plaignante critique le fait qu'un délai de livraison de 1 à 2 jours pour la commande d'un produit, selon elle, a été indiqué sur la plate-forme Internet de la partie défenderesse bien qu'il se soit finalement avéré que le produit concerné n'était pas disponible.
- La partie défenderesse explique pourquoi le produit n'était plus disponible et renvoie aux indications sur la disponibilité et le caractère livrable du produit figurant dans le descriptif de l'article ainsi que dans les CGV.
- Agit de façon déloyale celui qui, notamment, donne des indications inexactes ou fallacieuses sur ses marchandises et prestations (art. 3 let. b LCD). Sur la base des documents de la partie plaignante qui ont été déposés, la Commission Suisse pour la Loyauté parvient à la conclusion selon laquelle les énoncés qui figuraient sur la page web en question renvoyant à la disponibilité limitée du produit étaient corrects et non fallacieux. Mais dans le cas d'espèce, il y a lieu d'opérer une distinction claire entre le droit de la concurrence et le droit des contrats: ce qui est problématique et ce qui est critiqué est la confirmation de la commande et l'imputation du prix d'achat, ce qui peut déclencher le cas échéant des prétentions en dommages et intérêts. Il ne s'agit toutefois pas d'une question relevant de la communication commerciale, mais du droit des contrats. Aussi la plainte doit-elle être rejetée.

rend l'arrêt suivant :

La plainte est rejetée.

5) Nr. 270/11
(Preisbekanntgabe – Preisangabe Dienstleistungspaket)

Die Erste Kammer,

in Erwägung :

- Die Beschwerde richtet sich gegen die Bewerbung eines Dienstleistungspaketes unter Angabe eines falschen, zu tiefen Preises. Insbesondere sei die Anschlussgebühr nicht einkalkuliert worden.
- Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde und erwidert, dass keine täuschende Preisangabe vorliege. Das Werbeschreiben sei ausschliesslich an bereits bestehende Kunden persönlich adressiert worden und auf das Bestehen eines Kabelanschlusses sei ausdrücklich hingewiesen worden.
- Die Lauterkeitskommission vermag keine Unlauterkeit in der vorliegenden kommerziellen Kommunikation zu erkennen. Der Preis des Angebots, welches sich an bestehende Kunden der Beschwerdegegnerin richtet, ist im erläuternden, mit Stern klar bezeichneten Text genügend spezifiziert. Da die Beschwerdegegnerin glaubhaft argumentiert, dass die Abonnementsgebühren des Kabelanschlusses unterschiedlich in Rechnung gestellt werden, kann nicht erwartet werden, dass in der Spezifizierung auf jeden individuellen Fall eingegangen werden kann. Da auf die zusätzlichen Anschlussgebühren explizit aufmerksam gemacht wird, ist die vorliegende kommerzielle Kommunikation nicht irreführend und die Beschwerde ist abzuweisen.

beschliesst :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

6) **Nr. 287/11**
(Preisbekanntgabe – «Statt»-Preise)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Der Beschwerdeführer rügt, dass die Beschwerdegegnerin Preisvorteile suggeriere, welche nicht zu träfen. Die «statt»-Preise seien frei erfunden.
- In der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin räumt diese Fehler bei der Umsetzung des Preisnachlasses ein und verweist auf den Schriftverkehr zwischen ihr und dem Amt für Wirtschaft des Kantons St. Gallen in derselben Angelegenheit.
- Die Beschwerdegegnerin hat sich der Beschwerde mit ihrer Stellungnahme unterzogen und die Vorwürfe für den konkreten Fall anerkannt. Sie hat somit mit der unrichtigen und irreführenden Preisauszeichnung gegen Art. 3 lit. b UWG sowie gegen Art. 16 Abs. 1 lit. a PBV (Preisbekanntgabeverordnung) verstossen. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerdegegnerin hat gegen Art. 3 lit. b UWG sowie gegen Art. 16 Abs. 1 lit. a PBV verstossen und sie wird aufgefordert, inskünftig bei der Preisauszeichnung von Selbstvergleichen die korrekten, unmittelbar vorher tatsächlich zu bezahlenden Preise zu kommunizieren.

Preis am Produkt selbst:



Preisanschrift am Warengestell:



7) **Nr. 296/11**
(Internet – Missbräuchliche Um-/Weiterleitung von Internetseiten)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Die Beschwerdeführerin wirft der Beschwerdegegnerschaft Missbrauch im Internet durch Um-/Weiterleitung von Webseiten sowie dreiste Telefon-/E-Mail-Kontakte vor.
- Der Beschwerdegegnerschaft widerspricht diesen Vorwürfen und legt dar, was es mit der Umleitung der Webseite auf sich hatte.
- Gemäss Art. 1 Abs. 3 ihres Geschäftsreglements hat die Lauterkeitskommission die ihr unterbreiteten Massnahmen der kommerziellen Kommunikation auf ihre Übereinstimmung mit den Internationalen Richtlinien für die Werbepaxis der Internationalen Handelskammer sowie mit der schweizerischen Gesetzgebung zu prüfen. Sachverhalte ohne Bezug zur kommerziellen Kommunikation kann die Kommission somit nicht beurteilen. Gemäss Grundsatz Nr. 1.2 ist unter kommerzieller Kommunikation (Werbung) jede Massnahme von Konkurrenten oder Dritten zu verstehen, die eine Mehrheit von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Waren, Werken, Leistungen oder Geschäftsverhältnissen zum Zweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflussen.

- Im vorliegenden Fall kann allenfalls von einer unlauteren Geschäftsmethode durch das Weiterleiten die Rede sein, nicht aber von unlauterer kommerzieller Kommunikation. Eine solche allfällige Verletzung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb kann nur durch die staatlichen Behörden und Gerichte beurteilt werden, allenfalls auch auf Strafanzeige hin. Auf die Beschwerde wird daher nicht eingetreten.

b e s c h l i e s s t :

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

**8) Nr. 245/11
(«Stopp Werbung»-Kleber – Unadressierte Werbung im Briefkasten von Non-Profit-Verein)**

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Trotz «Keine Reklame»-Schild haben die Beschwerdeführer gemäss Beschwerde wiederholt unadressierte Werbung vom Beschwerdegegner erhalten.
- Dieser argumentiert, dass es sich bei ihm um einen Non-Profit-Verein handle, bisher noch keine Beschwerde eingegangen sei und an der bisherigen Verteilpraxis festgehalten werde.
- Der Einwand, wonach es sich beim Beschwerdegegner um einen Non-Profit-Verein handle, wird nicht gehört. Die Broschüre beinhaltet ein kommerzielles Angebot, womit es keine Rolle spielt, dass der Verein grundsätzlich als ideelle Organisation auftritt. Demnach handelt es sich bei der verteilten Broschüre um kommerzielle Kommunikation, welche den Grundsätzen der werblichen Lauterkeit zu entsprechen hat.
- Zustellung von unadressierter Werbung in einen Briefkasten, welcher ein «Keine Reklame»-Schild aufweist, ist keine Verkaufsmethode im Fernabsatz im Sinne der Grundsätze Nrn. 4.1 und 4.4, da es sich nicht um kommerzielle Kommunikation mittels persönlicher Adressierung an individuelle Personen handelt. Dennoch ist solche Werbung unlauter, da sie als aggressive Werbemethode gegen die Generalklausel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verstösst (Art. 2 UWG). Die Beschwerde ist gutzuheissen.

b e s c h l i e s s t :

Der Beschwerdegegner hat unlauter im Sinne von Art. 2 UWG gehandelt, und er wird aufgefordert, den Beschwerdeführern inskünftig keine unadressierte kommerzielle Kommunikation mehr zuzustellen.

**9) Nr. 260/11
(«Stopp Werbung»-Kleber – Unadressierte Werbung im Briefkasten von «gemeinnützigem» Verein)**

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Trotz «Keine Reklame»-Schild haben die Beschwerdeführer wiederholt unadressierte Werbung von der Beschwerdegegnerin erhalten.

- Diese bringt vor, dass es sich bei ihr um einen gemeinnützigen und religiösen Verein handle und die Lauterkeitskommission somit nicht zuständig sei.
- Der Einwand, wonach es sich bei der Beschwerdegegnerin um einen Non-Profit-Verein handle, wird nicht gehört. Die Broschüre beinhaltet eindeutig kommerzielle Angebote (entgeltliche Umzüge, Second-Hand-Shop etc.), womit es keine Rolle spielt, dass der Verein grundsätzlich als ideelle Organisation auftritt. Demnach handelt es sich bei der verteilten Broschüre um kommerzielle Kommunikation, welche den Grundsätzen der werblichen Lauterkeit zu entsprechen hat.
- Zustellung von unadressierter Werbung in einen Briefkasten, welcher ein «Keine Reklame»-Schild aufweist, ist keine Verkaufsmethode im Fernabsatz im Sinne der Grundsätze Nrn. 4.1 und 4.4, da es sich nicht um kommerzielle Kommunikation mittels persönlicher Adressierung an individuelle Personen handelt. Dennoch ist solche Werbung unlauter, da sie als aggressive Werbemethode gegen die Generalklausel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verstösst (Art. 2 UWG). Die Beschwerde ist gutzuheissen.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerdegegnerin hat unlauter im Sinne von Art. 2 UWG gehandelt, und sie wird aufgefordert, den Beschwerdeführern inskünftig keine unadressierte kommerzielle Kommunikation mehr zuzustellen.

10) Nr. 293/11

{«Stopp Werbung»-Kleber – Dienstleisterin bestreitet den Einwurf der gerügten unadressierten Werbung}

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Der Beschwerdeführer erachtet den Einwurf eines Prospekts der Beschwerdegegnerin in seinen Briefkasten als unzulässig, da dieser mit einem «Stopp Werbung»-Kleber versehen sei.
- Die Beschwerdegegnerin teilt in ihrer Stellungnahme mit, dass nach Einschätzung des Sachverhalts begründete Zweifel daran bestünden, dass der Prospekt von der für die Verteilung zuständigen Stelle (Post) eingeworfen worden sei. Gemäss den «Überlegungen» der Post (Schreiben v. 22.8.11) wäre es zudem möglich, dass der Prospekt durch eine Drittperson (z.B. Anwohner) in den Briefkasten des Beschwerdeführers hätte eingeworfen werden können.
- Die Zustellung von unadressierter Werbung in einen Briefkasten, welcher einen «Stopp Werbung»-Kleber aufweist, ist keine Verkaufsmethode im Fernabsatz im Sinne der Grundsätze Nrn. 4.1 und 4.4, da es sich nicht um kommerzielle Kommunikation mittels persönlicher Adressierung an individuelle Personen handelt. Dennoch ist solche Werbung unlauter, da sie als aggressive Werbemethode gegen die Generalklausel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verstösst (Art. 2 UWG).
- Im vorliegenden Fall ist strittig, ob der fragliche Prospekt durch die Beschwerdegegnerin oder deren für die Verteilung der Prospekte zuständigen Dienstleisterin, die Post, in den Briefkasten des Beschwerdeführers eingeworfen wurde. Aufgrund der umfassenden Abklärungen und den plausiblen Erklärungen der Beschwerdegegnerin bestehen glaubhafte Zweifel, dass sie resp. ihre Dienstleisterin tatsächlich für die Zustellung des Prospekts verantwortlich ist. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

11) Nr. 290/11
(SPAM – Unerwünschte Werbemails)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Die Beschwerdeführerschaft rügt, dass sie von der Beschwerdegegnerin wiederholt Werbe-E-Mails erhalten habe, obwohl sie angezeigt habe, dass sie keine weiteren E-Mails mehr wünsche und zudem keine Geschäftsbeziehung zur Beschwerdegegnerin unterhalte.
- Die Beschwerdegegnerin erwidert, dass sie generell keine Werbesendungen an Empfänger sende, welche nicht explizit in die Zustellung eingewilligt hätten. Es müsse sich somit um eine Falschzustellung handeln, welche bedauert werde und nicht wieder vorkomme.
- Gemäss Grundsatz Nr. 4.4 Ziff. 1 sind Verkaufsmethoden im Fernabsatz kommerzielle Kommunikationen, die sich mittels persönlicher Adressierung an individuelle Personen richten. Sie gelten im Sinne von Ziff. 2 als aggressiv und damit als unlauter, wenn der Absender Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen. Wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen sendet.
- Die Beschwerdegegnerin hat mit ihren Werbemails gegen den Grundsatz Nr. 4.4 Ziff. 2 verstossen, indem sie E-Mails an Adressaten versandte, zu denen sie in keinem Kundenverhältnis steht und von denen sie keine vorgängige Zustimmung zum E-Mail-Marketing vorweisen kann. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerdegegnerin hat unlauter im Sinne des Grundsatzes Nr. 4.4 gehandelt, und sie wird aufgefordert, inskünftig auf diese Art des E-Mail-Marketings zu verzichten.

12) Nr. 226/11
(Telefonmarketing bei Sterneintrag – Versehen eines Mitarbeiters)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Trotz Sterneintrag hat der Beschwerdeführer von der Beschwerdegegnerin einen Werbeanruf erhalten.
- Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass der Beschwerdeführer durch einen Mitarbeiter, welcher den Sterneintrag trotz expliziter Weisung nicht beachtet habe, telefonisch kontaktiert wurde zwecks Angebot eines Inserats in einem Kinderverkehrsmalbuch. Sie bedauert den Vorfall und beantragt Abweisung der Beschwerde.

- Wer Verkaufsmethoden im Fernabsatz anwendet, hat gemäss Grundsatz Nr. 4.4 Ziff. 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission zu gewährleisten, dass niemand kontaktiert wird, der im Voraus zum Beispiel durch einen Sterneintrag erklärt hat, keine kommerzielle Kommunikation erhalten zu wollen. Wer dagegen verstösst, handelt unlauter. Unlauteres Verhalten liegt auch dann vor, wenn kein Verschulden bejaht werden kann. Es kann daher offen bleiben, ob die Beschwerdegegnerin vorsätzlich respektive fahrlässig gehandelt hat. Die Beschwerdegegnerin hat für das Handeln ihrer Hilfspersonen einzustehen. Die Beschwerde wird daher gutgeheissen.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerdegegnerin hat unlauter im Sinne des Grundsatzes Nr. 4.4 Ziff. 2 gehandelt, und sie wird aufgefordert, den Beschwerdeführer inskünftig für kommerzielle Kommunikation nicht mehr telefonisch zu kontaktieren.

13) Nr. 258/11

(Telefonmarketing bei Sterneintrag – Täuschende Angaben zur Identität des Anrufers)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Trotz Sterneintrag hat der Beschwerdeführer von der Beschwerdegegnerin einen Werbeanruf erhalten. Zu Beginn des Gespräches sei zudem die Firma «Swisscom» erwähnt worden. Erst nach mehrmaligem Nachfragen sei die Firma der Beschwerdegegnerin genannt worden.
- Diese erklärt in ihrer Stellungnahme, dass eine Einwilligung des Beschwerdeführers für die Kontaktnahme vorgelegen habe. Sie führt zudem aus, dass die Firma ██████████ zu Beginn des Gesprächs sogleich genannt wurde und dass die Daten des Beschwerdeführers gelöscht worden seien.
- Wer Verkaufsmethoden im Fernabsatz anwendet, hat gemäss Grundsatz Nr. 4.4 Ziff. 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission zu gewährleisten, dass niemand kontaktiert wird, der im Voraus erklärt hat, keine kommerzielle Kommunikation erhalten zu wollen (z.B. durch Registereintrag mit Sternmarkierung) oder nach einer Kontaktnahme erklärt hat, keine kommerzielle Kommunikation mehr erhalten zu wollen.
- Im vorliegenden Fall wurde gegen den erwähnten Grundsatz verstossen. Die Beschwerdegegnerin bringt zwar vor, dass der Beschwerdeführer eine ausdrückliche Einwilligung gegenüber einem Dritten erteilt habe, weist dies aber in keiner Form nach. Somit (und aufgrund der Tatsache des Sterneintrags) liegt gerade keine Rechtfertigung für diesen Anruf vor und das Handeln der Beschwerdegegnerin ist unlauter. Lauterkeitsrechtlich ist nicht relevant woher die Kontaktdaten bzw. die Telefonnummer stammen, sondern dass diese Rufnummer trotz Sterneintrag kontaktiert wurde. Es spielt keine Rolle, wer die Daten geliefert hat und welche Zusicherungen mit dieser Datenlieferung verbunden waren. Denn unlauteres Verhalten liegt auch dann vor, wenn kein Verschulden bejaht werden kann. Es kann daher offen bleiben, ob die Beschwerdegegnerin vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Die Beschwerde ist diesbezüglich gutzuheissen.
- Aufgrund der Tatsache, dass sich in Bezug der möglichen Irreführung des Beschwerdeführers durch die Erwähnung der Firma «Swisscom» die Aussagen der Parteien klar widersprechen, muss die Beschwerde diesbezüglich offen gelassen werden.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerdegegnerin hat unlauter im Sinne des Grundsatzes Nr. 4.4 Ziff. 2 gehandelt, und sie wird aufgefordert, den Beschwerdeführer wie zugesichert inskünftig für kommerzielle Kommunikation nicht mehr zu kontaktieren.

14) Nr. 249/11
(Telefonmarketing – Persönlichkeits- und Datenschutz)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Der Beschwerdeführer hat von der Beschwerdegegnerin wiederholt Werbeanrufe erhalten, welche er als belästigend, enervierend und als Verletzung des Persönlichkeits- und Datenschutzes qualifiziert.
- Die Beschwerdegegnerin erklärt in ihrer Stellungnahme, dass eine Einwilligung des Beschwerdeführers für die Kontaktnahme vorgelegen habe. Sie führt zudem aus, dass die Daten des Beschwerdeführers aufgrund der Beschwerde gelöscht worden seien.
- Wer Verkaufsmethoden im Fernabsatz anwendet, hat gemäss Grundsatz Nr. 4.4 Ziff. 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission zu gewährleisten, dass niemand kontaktiert wird, der nach einer Kontaktnahme erklärt hat, keine kommerzielle Kommunikation mehr erhalten zu wollen. Liegt keine solche vorgängige Erklärung vor, z.B. durch Sterneintrag, so ist eine telefonische Kontaktnahme zulässig. Daher ist die Beschwerde vorliegend abzuweisen. Durch die Beschwerde hat der Beschwerdeführer aber kundgetan, dass er inskünftig von der Beschwerdegegnerin nicht weiter kontaktiert werden möchte.
- Die Lauterkeitskommission ist nur zur Beurteilung von kommerzieller Kommunikation zuständig. Ob im Verhältnis der beiden Parteien die Grundsätze des Datenschutzes eingehalten wurden und ob allenfalls eine Persönlichkeitsverletzung nach ZGB (Zivilgesetzbuch) vorliegt, kann und darf die Lauterkeitskommission nicht beurteilen.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Beschwerdegegnerin wird aber aufgefordert, den Beschwerdeführer inskünftig telefonisch nicht mehr zu kontaktieren.

15) Nr. 248/11
(Telefonmarketing bei nicht eingetragener Nummer – Einwilligung zur Kontaktnahme)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Der Beschwerdeführer hat von der Beschwerdegegnerin wiederholt Werbeanrufe erhalten, welche er als belästigend, enervierend und als Verletzung des Persönlichkeits- und Datenschutzes qualifiziert.
- Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde und erklärt, dass eine Einwilligung des Beschwerdeführers zur Kontaktnahme vorgelegen habe. Zudem sei die Telefonnummer des Beschwerdeführers nicht im Telefonbuch vermerkt, womit auch kein Sterneintrag vorliege. Es gäbe zudem keine weiteren Hinweise, wonach der Beschwerdeführer sich auf andere Weise gegen Werbeanrufe ausgesprochen hätte. Aufgrund der Beschwerde wurde die Nummer des Beschwerdeführers jedoch zwecks Verhinderung zukünftiger Kontaktnahmen intern gekennzeichnet.
- Wer Verkaufsmethoden im Fernabsatz anwendet, hat gemäss Grundsatz Nr. 4.4 Ziff. 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission zu gewährleisten, dass niemand kontaktiert wird, der zum Beispiel durch einen Sterneintrag oder nach einer Kontaktnahme erklärt hat, keine kommerzielle Kommunikation mehr erhalten zu wollen. Besteht zwischen Anbieter und Empfänger eine Geschäfts- oder Kundenbeziehung oder hat der Empfänger explizit seine Einwilligung zur Kontaktnahme erteilt, darf der Anbieter bis auf ausdrücklichen Widerruf das Einverständnis des Abnehmers annehmen. Wer an Gewinnspielen teilnimmt, hat die Teilnahmebedingungen zu lesen und muss sich bewusst sein, dass in diesen Teilnahmebedingungen eventuell Einverständniserklärungen für Telefonwerbung und ähnliche Marketingmassnahmen beinhaltet sind.
- Die Beschwerdegegnerin weist glaubhaft nach, dass der Beschwerdeführer bei mehr als 30 Teilnahmen an Wettbewerben seine Einwilligung zur Kontaktnahme erteilt hat und die Kontaktnahme dadurch gerechtfertigt gewesen ist. Somit handelte die Beschwerdegegnerin nicht unlauter und die Beschwerde ist abzuweisen. Es bleibt offen, ob der Beschwerdeführer bereits im Voraus Widerruf erhoben hat. Tatsache ist aber, dass er mit der Beschwerde bei der Lauterkeitskommission in klarer Weise seine Einwilligung für zukünftige Kontaktaufnahmen widerrufen hat.

b e s c h l i e s s t :

Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Beschwerdegegnerin wird aber dennoch aufgefordert, den Beschwerdeführer inskünftig nicht mehr telefonisch zu kontaktieren.

16) Nr. 301/11

(Telefonmarketing bei nicht eingetragener Nummer – Ohne Einwilligung zur Kontaktnahme)

Die Erste Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- Trotz mehrmaliger Aufforderung zur Unterlassung von Werbeanrufen wurde der Beschwerdeführer durch die Beschwerdegegnerin wiederholt telefonisch kontaktiert.
- Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass kein Sterneintrag bestehe, da die Telefonnummer gar nicht in den Directories zu finden sei. Die Kontaktdaten seien aufgrund der Beschwerde gesperrt worden.
- Wer Verkaufsmethoden im Fernabsatz anwendet, hat gemäss Grundsatz Nr. 4.4 Ziff. 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission zu gewährleisten, dass niemand kontaktiert wird, der zum Beispiel durch einen Sterneintrag oder nach einer Kontaktnahme erklärt hat, keine kommerzielle Kommunikation mehr erhalten zu wollen.
- Die Problematik in diesem Fall ist, dass die zum Zeitpunkt der Kontaktnahme nicht im Telefonverzeichnis eingetragene Telefonnummer des Beschwerdeführers über gar keinen Sterneintrag verfügen konnte. Während der Anruf der Beschwerdegegnerin für den Beschwerdeführer unlauteres Verhalten darstellt, handelt es sich für die Beschwerdegegnerin um einen lauterer Anruf wie auf jede andere Rufnummer, welche im Telefonbuch nicht mit einem Sterneintrag versehen ist.
- Bis heute ist offen und von staatlichen Gerichten und der Lauterkeitskommission bisher nicht entschieden, ob mit einer nicht eingetragenen Telefonnummer automatisch die Willenskundgabe verbunden ist, dass auf eine solche Telefonnummer keine Werbeanrufe erwünscht seien. Oder ob eine Unlauterkeit nur dann vorliegen kann, wenn eine Nummer einen Sterneintrag in einem offiziellen Telefonverzeichnis aufweist, sämtliche anderen Nummern hingegen für kommerzielle Kommunikation angerufen werden dürfen.
- Es handelt sich dabei um eine grundsätzliche Frage von zentraler Bedeutung, welche bereits im Verfahren N° 198/11 im Raum stand. Im Rahmen einer internen Arbeitsgruppe arbeitet die Lauterkeitskommission aktuell eine einheitliche Regelung aus, welche auch auf diesen Fall angewendet werden soll. Solange das Plenum der Lauterkeitskommission noch nicht über die Endfassung dieser Regelung entschieden hat, wird dieses Beschwerdeverfahren sistiert.

b e s c h l i e s s t :

Das Verfahren wird sistiert.