

Zweite Kammer/ Deuxième Chambre 15.5.2013

1. Verfahren/Procédures

- a) Nr. 304/12
(Präsentation Werbekampagne - «Pitch-Situation»)
- b) Nr. 268/12
(Treibstoffverbrauch - Werksangaben)
- c) Nr. 150/13
(Preisbekanntgabe – Werbespot «Neuwagen mit Werksgarantie und bis zu 40% Rabatt und mehr»)
- d) Nr. 307/12
(Preisbekanntgabe - Flyer «-50% auf Ihre Fassung»)
- e) Nr. 119/13
(Gewinnspiele - Einhaltung Gewinnversprechen)
- f) N° 118/13
(Jeu concours - participation gratuite)
- g) N° 138/13
(Jeu concours - participation gratuite)
- h) Nr. 144/13
(Sexismus - Titelbild auf Newsletter «»)
- i) Nr. 156/13
(Sexismus - Plakat «Mehr Transparenz ist nicht erlaubt»)
- j) Nr. 162/13
(Direktmarketing - Zustellung Zeitschrift mit automatischer Erteilung eines Abonnements-Auftrags)
- k) Nr. 149/13
(Telefonmarketing trotz Sterneintrag und Eintrag in Robinsonliste)
- l) Nr. 157/13
(Telefonmarketing trotz Sterneintrag)

1. Verfahren/Procédures

a) Nr. 304/12
(Präsentation Werbekampagne - «Pitch-Situation»)

Die Zweite Kammer,

in Erwägung:

- 1 Die Beschwerde richtet sich gegen das Verhalten der Beschwerdegegnerin im Rahmen eines Pitches. Die Beschwerdeführerin erachtet es als unlautere Nachahmung, dass die Beschwerdegegnerin wesentliche Elemente eines präsentierten Konzeptes übernommen habe, nachdem der Beschwerdeführerin mitgeteilt worden war, dass sie den Auftrag nicht erhalte.
- 2 Die Beschwerdegegnerin bestreitet das Vorliegen eines Originals im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.7 der Lauterkeitskommission, weshalb auch keine unlautere Nachahmung vorliegen könne. Es liege auch keine Verwechslungsgefahr oder eine unnötige Anlehnung vor. Daher sei auch keine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. d und e UWG gegeben. Darüber hinaus könne auch kein unbefugtes Verwenden eines anvertrauten Arbeitsergebnisses im Sinne von Art. 5 lit. a und b UWG bejaht werden. Daher sei die Beschwerde abzuweisen.
- 3 Die Lauterkeitskommission hat zur Erfüllung ihres Stiftungszweckes Massnahmen der kommerziellen Kommunikation auf ihre Lauterkeit zu überprüfen (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 des Geschäftsreglements). Keine Prüfungsbefugnis besitzt die Lauterkeitskommission für das allgemeine Geschäftsgebahren und andere Arten des unlauteren Verhaltens. Ihre Entscheide hat die Lauterkeitskommission schriftlich kurz zu begründen (Art. 17 Abs. 2 des Geschäftsreglements).
- 4 Eine Nachahmung von Werbemitteln ist gemäss Grundsatz Nr. 3.7 unlauter, wenn durch die Nachahmung einer Verwechslungsgefahr entsteht oder die Nachahmung unnötig anlehnend ist. Eine Massnahme der kommerziellen Kommunikation ist als solche demnach unlauter, wenn sie im Wettbewerb mit anderen Anbietern eine Marktverwirrung durch Verwechslungsgefahr bewirkt oder einen Marktvorteil dadurch verschafft, indem sie im Sinne einer Anlehnung in unlauterer Art und Weise von bereits vorhandener Wettbewerbspräsenz Dritter profitiert. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall, da die von der Beschwerdeführerin gestalteten Werbemittel noch keine solche Marktpräsenz für einen Wettbewerbsteilnehmer hatten. Das Original im Sinne von Grundsatz Nr. 3.7 war mithin noch nicht in Verkehr, weshalb keine Verletzung dieses Grundsatzes resp. Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG vorliegen kann. Es kann daher auch offenbleiben, ob Nachahmungen im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.7 vorliegen.
- 5 Damit ist nicht gesagt, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin lauter war. Es kann sich durchaus als unlauter im Sinne anderer UWG-Bestimmungen erweisen (siehe zum Beispiel Art. 2 UWG), wenn Gestaltungsentwürfe in einer Pitchpräsentation von einem Auftraggeber verworfen werden, es zu keinem Vertragsabschluss betreffend Umsetzung kommt, der Auftraggeber diese Entwürfe dann aber in der Folge doch selber umsetzt. Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, ob ein solches Verhalten die gegenseitige auftragsrechtliche Treue- und Sorgfaltspflicht zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer verletzt. Denn ein Auftragsverhältnis besteht auch bei allfällig unentgeltlichen Dienstleistungen wie zum Beispiel bei einer Pitchpräsentation. Diese Fragestellungen betreffen aber die Lauterkeit des allgemeinen Geschäftsgebahrens resp. Vertragsverletzungen und nicht die Lauterkeit der einzelnen Massnahmen der kommerziellen Kommunikation. Auf diesen Beschwerdepunkt kann daher nicht eingetreten werden.
- 6 Zusammenfassend ist die Beschwerde somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

beschliesst:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

- b) Nr. 268/12
(Treibstoffverbrauch - Werksangaben)

Die Zweite Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass der tatsächliche Treibstoffverbrauch seines neuen Fahrzeuges rund 40% über den in den Verkaufsprospekten angegebenen Werten liege. Es liege daher eine unlautere Irreführung vor.
- 2 Das Fahrzeug des Beschwerdeführers wurde von der Beschwerdegegnerin einer Testfahrt unterzogen. Die Verbrauchsmessung habe die Fehlerfreiheit der Angaben ergeben. Zudem weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass es sich bei den Verbrauchsangaben gemäss EU-Normverbrauch um einen amtlichen Testzyklus handle, der zum Ziel habe, Neufahrzeuge untereinander vergleichbar zu machen. Um diese Vergleichbarkeit herzustellen, werde der Verbrauch unter Idealbedingungen ermittelt, d.h. ohne eingeschaltete Energieverbraucher wie Klimaanlage, Fahrlicht etc.
- 3 Im beanstandeten Verkaufsprospekt der Beschwerdegegnerin wird in der Fussnote darauf hingewiesen, dass als Basis für die Verbrauchsermittlung der ECE-Fahrzyklus (gemäss EU-Richtlinie 80/1268/EWG über die Kohlendioxidemissionen und den Kraftstoffverbrauch von Kraftfahrzeugen) gilt. Der Verbrauch werde auf Grundlage der Serienausstattung errechnet. Zudem könnten Sonderausstattungen (z.B. breitere Reifen) den Verbrauch wesentlich beeinflussen. Dieser ECE-Fahrzyklus zeigt den Durchschnittsverbrauch unter Idealbedingungen auf.
- 4 Für die Lauterkeitskommission bestehen keinerlei Hinweise, wonach die in der kommerziellen Kommunikation gemachten Angaben zum Treibstoffverbrauch nicht in Einhaltung der obgenannten Richtlinie, welche gemäss der Energieverordnung (EnV; SR 730.01) auch als Grundlage für die Angabe in der Energieetikette gilt, getätigt wurden. Für die Kommission gibt es keine Anhaltspunkte, wonach die getätigten Angaben unwahr oder unklar wären.
- 5 Die Beschwerdegegnerin zeigt durch die Resultate der Verbrauchsmessung glaubhaft auf, dass bei einer Fahrweise gemäss dem ECE-Fahrzyklus ein tieferer Durchschnittsverbrauch resultiert, als durch den Beschwerdeführer geltend gemacht. Dass bei dieser Testverbrauchsmessung aufgrund von Rahmenbedingungen (Aussentemperatur, Witterungsverhältnisse, zusätzliche Verbraucher) sowie aufgrund von Abweichungen gegenüber der Serienausstattung (u.a. Reifen) ein leicht höherer Durchschnittsverbrauch resultiert als im Verkaufsprospekt beworben, ist nach Ansicht der Lauterkeitskommission glaubwürdig und in einem tolerierbaren Rahmen.
- 6 Da es keine Anzeichen gibt, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht an die bestehenden gesetzlichen Grundlagen gehalten hätte, kann keine Unlauterkeit in der beanstandeten kommerziellen Kommunikation erkannt werden. Daher ist die Beschwerde abzuweisen.

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

Die Beschwerde wird abgewiesen.

c) **Nr. 150/13**

(Preisbekanntgabe – Werbespot «Neuwagen mit Werksgarantie und bis zu 40% Rabatt und mehr»)

Die **Zweite Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Nach Meinung der Beschwerdeführerin verstösst der beanstandete Werbespot gegen die Preisbekanntgabeverordnung (PBV). Es werde die Art des Preisvergleiches nicht angegeben und die Spezifizierung der angebotenen Fahrzeuge sei ungenügend.
- 2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass mit der Gewerbepolizei in der Zwischenzeit alles bereinigt sei. Es sei auch die Gewerbepolizei und nicht die Lauterkeitskommission zuständig. Darüber hinaus seien die Rabattangaben richtig, weshalb der Konsument nicht getäuscht werde. Die Werbung werde im Übrigen nicht weiter eingesetzt.
- 3 Wer eine Preisreduktion bewirbt, hat nach Art. 17 Abs. 2 PBV i.V.m. Art. 14 PBV die Pflicht zur Spezifizierung der von der Preisreduktion betroffenen Waren oder Produktgruppen. Es muss deutlich aus der Preisbekanntgabe hervorgehen, auf welche Waren und Verkaufseinheit sich der Preis bezieht. Die Waren sind nach wesentlichen Kriterien wie Marke, Typ, Sorte, Qualität und Eigenschaften gut lesbar zu umschreiben (Art. 14 Abs. 2 PBV). Bei einem Preisreduktionsrahmen ist mindestens ein Beispiel für die unterste Preisgrenze anzugeben.
- 4 Beim vorliegenden beanstandeten Werbespot bleibt offen, auf welche Fahrzeuge, Fahrzeuggruppen, Marken oder Teile des Sortiments der Beschwerdegegnerin 40% Rabatt oder ein vorteilhafteres Preisreduktionsangebot gewährt wird. Es ist auch nicht klar, ob für sämtliche abgebildeten Fahrzeuge ein Rabatt gewährt wird oder nicht. Es wird weder ein Fahrzeug noch eine Fahrzeuggruppe als Beispiel erwähnt, für welche der Mindestrabatt von 40% gilt. Damit liegt ein Verstoss gegen die Spezifizierungspflicht der PBV vor. Die Beschwerdegegnerin hat unlauter gehandelt. Die Beschwerde ist gutzuheissen.
- 5 Es kann offen bleiben, ob die Beschwerdegegnerin auch gegen Art. 16 Abs. 2 PBV verstossen hat, indem sie einen allfälligen Konkurrenzvergleich nicht als solchen in der Werbung bezeichnet hat.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, diesen Werbespot in der beanstandeten Form inskünftig nicht mehr zu verwenden oder im Rahmen des Spots klar zu spezifizieren, für welche Fahrzeuge oder Fahrzeuggruppen die beworbene Preisreduktion gilt.

- d) **Nr. 307/12**
(Preisbekanntgabe - Flyer «-50% auf Ihre Fassung»)

Die Zweite Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Die Beschwerde richtet sich gegen die Werbeaussage «-50% auf Ihre Fassung» zur Bewerbung von Brillen. Diese Rabattangabe sei irreführend, da der Rabatt nur für ein sehr beschränktes Sortiment gelte, was sich erst aus einer kaum sichtbaren Fussnote ergebe.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Aktion habe für rund 93.6% der Brillenfassungen gegolten. Nur einzelne Luxusmarken seien ausgenommen gewesen. Darüber hinaus handle es sich bei der Werbung um eine persönlich adressierte Karte, die dem Postgeheimnis unterstehe. Auf die Beschwerde sei daher auch nicht einzutreten. Dies zudem auch, weil es sich um eine verkappte Konkurrentenbeschwerde handle. Zudem sei die Aktion befristet gewesen und die Aktion beendet. Materiell verweist die Beschwerdegegnerin des weiteren auf Art. 17 PBV, wonach Hinweise auf Preisreduktionen für Produktgruppen oder Sortimente von der Preisbekanntgabe ausgenommen seien. Es liege keine PBV-Verletzung vor.
- 3 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass es sich um eine versteckte, gebührenpflichtige Konkurrentenbeschwerde handle. Beschwerdeführer ist vorliegend die natürliche Person, welche als Adressatin im vorliegenden eingereichten Werbemittel aufgeführt ist. Nach Ausführung der Beschwerdegegnerin selber handelt es sich bei dieser Person um einen langjährigen Kunden. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte für die von der Beschwerdegegnerin behauptete Rechtsmissbräuchlichkeit.
- 4 Kommerzielle Kommunikation umfasst sämtliche Formen von Werbung und Direktmarketing etc. (Grundsatz Nr. 1.3 der Lauterkeitskommission). Beim vorliegenden Beschwerdegegenstand handelt es sich um ein klassisches direktadressiertes Werbemailing, welches ohne Zweifel als kommerzielle Kommunikation gilt (vgl. auch Grundsatz Nr. 1.2 der Lauterkeitskommission).
- 5 Die Einreichung der Beschwerde resp. deren Behandlung durch die Lauterkeitskommission stellt auch keine Verletzung des von der Beschwerdegegnerin angerufenen Postgeheimnisses dar. Gemäss Art. 321ter StGB kann nur das unbefugte Öffnen einer verschlossenen Sendung durch die in der Strafbestimmung genannten Personen als Verletzung des Postgeheimnisses gewürdigt werden. Vorliegend fehlt es schon an der geforderten Verschllossenheit, wurde der Werbeflyer doch offen verschickt. Zudem wurde die Post durch den Adressaten in Empfang genommen und durch ihn bei der Lauterkeitskommission eingereicht. Auch deshalb kann keine Verletzung des Postgeheimnisses geltend gemacht werden.
- 6 Die Lauterkeitskommission hat über die Beschwerde daher mit kurzer schriftlicher Begründung zu entscheiden (Art. 17 Abs. 2 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission).
- 7 Für bezifferte Angaben zu Preisreduktionen, wie die vorliegende Bewerbung «-50%», gilt gemäss Art. 17 Abs. 2 PBV die Pflicht zur Preisbekanntgabe sowie zur Spezifizierung im Sinne dieser Verordnung. Ausgenommen sind Hinweise auf mehrere Produkte, verschiedene Produkte, Produktgruppen oder Sortimente, soweit für sie der gleiche Reduktionssatz oder -betrag gilt und diese Produktesegmente klar und eindeutig umschrieben sind, sodass dem Durchschnittsadressaten bereits aufgrund des Werbemittels klar ist, welche Produkte er genau zum angegebenen Reduktionssatz erhält (Art. 17 Abs. 2 PBV).
- 8 Ein solcher einheitlicher Reduktionssatz ist vorliegend mit der Angabe «-50%» gegeben, da auf der Rückseite des Werbeflyers in grosser Schrift klar angegeben wird, dass 50% Rabatt auf Brillenfassungen gewährt wird. Somit ist für den Durchschnittsadressaten dieses Werbeflyers klar, dass mit der Angabe «-50%» nicht «bis 50%» sondern «minus 50%» gemeint ist, was ja zudem zu seinen Gunsten ist.

- 9 Der beworbene Rabatt wird aber nicht auf alle Brillenfassungen gewährt, sondern mit Ausnahme «von Juweliermarken und gewisser Designermarken». Mit dieser Angabe ist die geforderte Klarheit des Produktesortiments im Sinne von Art. 17 Abs. 2 PBV aber nicht gegeben. Der Durchschnittsadressat weiss nach Lektüre des Werbemittels nicht, welche Brillenfassungen der Beschwerdegegnerin er zum halben Preis erhält. Entweder hätte die Beschwerdegegnerin die ausgenommenen Marken explizit erwähnen müssen oder sie hätte ein im Sinne der PBV spezifiziertes Preisbeispiel nennen müssen.
- 10 Daher ist die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, bei einheitlichen Reduktionssätzen inskünftig auf einen klaren Sortimentsbeschreibung zu achten, wenn auf ein spezifiziertes Preisbeispiel im Sinne der PBV verzichtet werden soll.

- e) **Nr. 119/13**
(Gewinnspiele - Einhaltung Gewinnversprechen)

Die **Zweite Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Die Beschwerdeführerin erachtet ein Werbegewinnspiel der Beschwerdegegnerin als unlauter, weil darin die Teilnahme an einer Preisverleihung im Unterhaltungsbereich versprochen werde, die tatsächlich nicht garantiert werden könne. Denn Veranstalterin dieser Preisverleihung sei die Beschwerdeführerin und nur sie bestimme, wer daran teilnehmen könne und wer nicht. Darüber hinaus verwende die Beschwerdegegnerin in ihrer Werbung für das Gewinnspiel unzulässigerweise die Abbildung einer markenrechtlich geschützten Statue, welche als Symbol für diese Preisverleihung weltbekannt sei. Auf den Tickets für die Teilnahme an der Preisverleihung sei explizit vermerkt, dass diese Tickets nicht übertragbar seien.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt, auf die Beschwerde sei mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten. Sie habe bedingungslos zugesagt, die fragliche Werbekampagne nicht zu wiederholen. Darüber hinaus sei die Beschwerde auch materiell abzuweisen. Die fragliche Statue sei nicht markenmässig benutzt worden, weshalb keine Markenverletzung vorliege. Eine Urheberrechtsverletzung sei ebenfalls nicht dargetan. Sie erläutert zudem, weshalb es faktisch nicht ausgeschlossen sei, dass den Gewinnspielteilnehmern der Gewinn tatsächlich ausgerichtet werde.
- 3 Im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission erscheint glaubhaft, dass die Beschwerdegegnerin inskünftig davon Abstand nimmt, die beanstandeten Werbemittel in Zukunft weiter einzusetzen. Die Lauterkeitskommission hatte aber noch nie über die Frage der Irreführung mittels nicht ausgestellter Gewinne zu entscheiden. Diesbezüglich kommt diesem Verfahren präjudizielle Bedeutung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 des Geschäftsreglements zu. Daher hat die Lauterkeitskommission über diese Frage mit kurzer schriftlicher Begründung zu entscheiden (Art. 17 Abs. 2 des Geschäftsreglements).
- 4 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG handelt unlauter, wer über sich und seine Waren, Werke oder Leistungen unrichtige oder irreführende Angaben macht. Die Ausschreibung von Wettbewerbsgewinnen im Rahmen eines Werbegewinnspiels ist eine wettbewerbsrelevante Leistung im Sinne dieser Bestimmung. Aus den Akten und den Eingaben der Parteien geht nicht hervor, dass die versprochene Reise an die Preisverleihung tatsächlich ausgerichtet wurde.
- 5 Das Versprechen von Wettbewerbsgewinnen, die tatsächlich nicht ausgerichtet werden können oder werden, ist unlauter im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Es handelt sich um eine unrichtige Angabe über die eigenen Leistungen im Rahmen eines Werbegewinnspiels und zugleich um eine Irreführung der potentiellen Teilnehmer an diesem Gewinnspiel.
- 6 Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt gutzuheissen.
- 7 Ebenfalls offenbleiben muss der Punkt der Verletzung des Lotterierechts, da diesbezüglich offenbar staatliche Verfahren anhängig sind, welche diese Frage abschliessend klären werden.

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

Es wird der Beschwerdegegnerin empfohlen, nur Preise auszuschreiben, die tatsächlich ausgerichtet resp. durch die Gewinner angetreten werden können.

- f) N° 118/13
(Jeu concours - participation gratuite)

La Deuxième Chambre,

considérant ce qui suit:

- 1 De l'avis de la partie plaignante, le jeu-concours de la partie défenderesse contrevient à la législation sur les loteries ainsi qu'à la loi contre la concurrence déloyale. Selon elle, le déroulement du jeu et les chances de gagner sont peu claires. La partie plaignante considère que la possibilité de participer gratuitement au jeu-concours est purement théorique. De surcroît, elle estime qu'il y a également une infraction à l'art. 3, al. 1, let. s LCD.
- 2 Dans sa prise de position détaillée, la partie défenderesse explique pourquoi, de son point de vue, ce jeu-concours est conforme au droit.
- 3 Les indications obligatoires selon l'art. 3, al. 1, let. s LCD ne sont prévues que pour les pages web dans le cadre du commerce électronique, pages au sujet desquelles peuvent être conclus des contrats portant sur l'acquisition de marchandises ou de prestations de services. Un jeu-concours publicitaire ne constitue pas une conclusion de contrat de ce genre, c'est pourquoi l'art. 3, al. 1, let. s LCD n'est pas applicable au cas d'espèce.
- 4 En revanche, s'agissant de la question de l'infraction à la Règle n° 3.9 de la Commission Suisse pour la Loyauté concernant les jeux-concours publicitaires, la Commission Suisse pour la Loyauté est tenue de statuer en notifiant aux parties un bref énoncé écrit des considérants (art. 17, al. 2 du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté).
- 5 Après consultation de la Commission intercantonale des loteries et paris (Comlot), cette dernière parvient également à la conclusion que ce jeu-concours offre une possibilité suffisante de participation gratuite au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Selon cette jurisprudence, la possibilité de participer gratuitement via l'Internet en utilisant un téléphone mobile est suffisante. Egalement de l'avis de la Commission Suisse pour la Loyauté, dans la publicité de ce jeu-concours, on attire suffisamment clairement l'attention des intéressés sur cette possibilité de participation gratuite. De plus, il n'existe aucun indice qui laisserait à penser que cette possibilité de participer ne fonctionnerait pas. Partant, la plainte doit être rejetée.

rend la décision suivante:

La plainte est rejetée.

g) N° 138/13
(Jeu concours - participation gratuite)


La Deuxième Chambre,

considérant ce qui suit:

- 1 La partie plaignante fait valoir que le jeu-concours de la partie défenderesse contiendrait une possibilité de participation gratuite insuffisante. Selon les conditions de participation, une participation gratuite ne serait possible qu'«en principe».
- 2 La partie défenderesse fait valoir que, depuis l'existence du jeu-concours 2013 contre lequel est dirigée la plainte, la possibilité de participer gratuitement est intégralement garantie et qu'elle est très simple. Elle affirme que, ce faisant, elle s'est tenue aux recommandations de la Comlot.
- 3 Après consultation avec la Commission intercantonale des loteries et paris (Comlot), il s'avère qu'il est correct de dire que le présent jeu-concours a fait l'objet d'un contrôle préalable de la part de la Comlot et que cette dernière avait notifié à la partie défenderesse que ce jeu-concours ne posait pas problème du point de vue du droit des loteries.
- 4 Pour le destinataire moyen, il ressort clairement de toute la présentation graphique de ce moyen publicitaire qu'une participation gratuite est possible et que la marche à suivre est indiquée. Partant, la plainte doit être rejetée. Mais afin d'éviter tout manque de clarté à l'avenir, il y a lieu néanmoins de recommander à la partie défenderesse de ne plus utiliser désormais la formulation «en principe» qui prête à malentendu.
- 5 Dans sa plainte, la partie plaignante explique en outre qu'elle aimerait savoir comment la partie défenderesse est parvenue à acquérir son adresse dès lors que celle-ci figure dans la liste Robinson. Toutefois, la partie plaignante est tenue de poser directement cette question à la partie défenderesse. En fonction des résultats reçus, la partie plaignante sera alors libre de déposer une plainte.





rend la décision suivante:

Il est recommandé à la partie défenderesse de renoncer à l'avenir à la formulation «en principe» dans la description des possibilités de participation gratuite dans ses jeux-concours.


h) Nr. 144/13
(Sexismus - Titelbild auf Newsletter «»)

Die Zweite Kammer,

in Erwägung:

- 1 Die Beschwerdeführerin erachtet die Abbildung einer Frau in knapper Kleidung und «» genannt als Verstoss gegen den Grundsatz Nr. 3.11 der Lauterkeitskommission (geschlechterdiskriminierende Werbung), da zwischen der Abbildung und dem beworbenen Produkt (Baumaterialien etc.) kein Zusammenhang bestehe. Es handle sich um einen reinen Blickfang.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Der Name «» beziehe sich auf die umgangssprachliche Benennung einer Fliesenschneidemaschine in der Baubranche. In der Stellungnahme erläutert die Beschwerdegegnerin eingehend, weshalb nach ihrer Ansicht kein Verstoss gegen den Grundsatz Nr. 3.11 vorliege. Sie beruft sich dabei auch auf das Verständnis der massgebenden Zielgruppe gemäss Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2. Diese Zielgruppe erkenne insbesondere den Sachzusammenhang der Bezeichnung «». Eine Hexe kann auch anders dargestellt werden, auch wenn der Sachzusammenhang von den Adressaten erkannt wird.
- 3 Die Abbildung einer Hexe ist aufgrund des von der Beschwerdegegnerin geschilderten Sinngehaltes der Wortkombination «» nicht grundsätzlich problematisch. Es besteht aber keinerlei Sachzusammenhang und Notwendigkeit, eine solche Hexe in der vorliegend leichtbekleideten erotischen Art darzustellen. Dies entspricht zudem auch in keiner Art und Weise dessen, wie Hexen üblicherweise dargestellt werden. So zeigt beispielsweise auch die Darstellung der Hexe im Schattenriss in den Werbeunterlagen der Beschwerdegegnerin gemäss Beilage 3 zur Beschwerdeantwort, dass eine andere Form der Darstellung möglich ist. Die beanstandete Darstellung der Frau erweist sich somit als Blickfang in rein dekorativer Funktion im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.11 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

beschliesst:

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig auf die fragliche Abbildung der «» zu verzichten.

- i) **Nr. 156/13**
(Sexismus - Plakat «Mehr Transparenz ist nicht erlaubt»)

Die Zweite Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Die Beschwerde richtet sich gegen Plakatsujets der Beschwerdegegnerin für ihre Finanzdienstleistungen, in welchen die nackten Oberkörper von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der Beschwerdegegnerin gezeigt werden. Nach Meinung der Beschwerdeführerin fehle ein natürlicher Zusammenhang zur beworbenen Dienstleistung und die Abbildungen hätten rein dekorative Funktion im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.11 der Lauterkeitskommission.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie droht der Beschwerdeführerin mit der «Geltendmachung juristischer Ansprüche». Das Verhältnis Mann – Frau sei bei den Abbildungen ausgewogen, weshalb keine Diskriminierung vorliege. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Abbildung und den beworbenen Finanzdienstleistungen sei gegeben, da damit auf den auch schon bundesgerichtlich festgestellten Missstand der Intransparenz bei Retrozessionen etc. im Finanzgeschäft hingewiesen werde mit der Botschaft, dass bei der Beschwerdegegnerin vollständige Transparenz und Offenheit bestehe.
- 3 Die Aussage «mehr Transparenz ist nicht erlaubt» kann durchaus auch als Hinweis auf die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Transparenz in Sachen Retrozessionen im Finanzgeschäft verstanden werden. Es ist für den Durchschnittsadressaten der Plakate aber nicht ersichtlich, was diese beworbene Transparenz mit der Nacktheit der abgebildeten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin zu tun haben könnte. Oder mit anderen Worten: Die beworbenen Dienstleistungen werden nicht transparenter durch die nackte Haut der Mitarbeitenden, auch sinnbildlich nicht. Denn Nacktheit wird vom Durchschnittsadressaten nicht mit Transparenz gleichgesetzt. Für die Beurteilung einer kommerziellen Kommunikation ist aber dieses Verständnis der massgebenden Zielgruppe entscheidend (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission).
- 4 Daher muss den fraglichen Plakaten der Vorwurf gemacht werden, dass kein genügender Sachzusammenhang zwischen der Abbildung der nackten Personen und den beworbenen Dienstleistungen besteht und die Personen daher im Sinne des Grundsatzes 3.11 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission als reiner Blickfang dienen. Auch wenn es sich um einen Grenzfall handelt, so ist die Beschwerde doch gutzuheissen.
- 5 Darüber hinaus wird die Beschwerdegegnerin gebeten, in ihren Stellungnahmen den Ton des Anstandes und der Sachlichkeit zu wahren. Zumal auch die Beschwerde selber rein sachlich und ohne jede persönlichen Anfeindungen verfasst ist.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig auf die fraglichen Abbildungen auf ihren Werbemitteln zu verzichten.

j) Nr. 162/13

(Direktmarketing - Zustellung Zeitschrift mit automatischer Erteilung eines Abonnements-Auftrags)

Die Zweite Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe per Brief ein Angebot zu einem Gratis-Schnupperabo der Beschwerdegegnerin erhalten. Auf dieses Angebot habe er nicht reagiert. Trotzdem habe er die Zeitung in der Folge erhalten und nach Ablauf des Gratisabos zudem eine Rechnung für die folgenden Ausgaben.
- 2 Die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin besteht einzig aus einer Auflistung über das «Kundenkonto», aus welcher hervorgeht, dass die Beträge storniert worden sind und der Saldo Null beträgt.
- 3 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG handelt unlauter, wer über seine Leistungen und Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht. Das Zusenden unbestellter Waren ist keine Vertragsofferte und führt zu keinem Vertragsverhältnis (Art. 6a OR). Der Adressat ist zu keiner Form der Reaktion gezwungen, um einen Vertragsabschluss zu verhindern. Mit der Aussage «Sie möchten [REDACTED] nach dem Test mit 15% Ersparnis lesen? – Dann brauchen Sie nichts weiter zu tun» macht die Beschwerdegegnerin daher irreführende und somit unlautere Angaben über das allfällige Zustandekommens eines Vertragsabschlusses. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig darauf zu verzichten, Werbeadressaten mit Aussagen wie «Sie möchten [REDACTED] nach dem Test mit 15% Ersparnis lesen? – Dann brauchen Sie nichts weiter zu tun» glauben zu machen, ein Vertragsabschluss komme durch Stillschweigen zustande und anderenfalls sei somit eine «Abbestellung» notwendig.

k) Nr. 149/13
(Telefonmarketing trotz Sterneintrag und Eintrag in Robinsolisten)

Die Zweite Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er trotz Sterneintrag wiederholt Werbeanrufe von der Beschwerdegegnerin erhalten habe.
- 2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, es habe lediglich ein Anrufversuch stattgefunden. Ohne weitere Nachweise macht sie zudem geltend, es liege eine Einwilligung des Beschwerdeführers zur Kontaktierung vor. Die Daten seien von einem «Listeigner» zur Verfügung gestellt worden. Ohne Anerkennung einer Rechtspflicht sei die Nummer des Beschwerdeführers in der Zwischenzeit intern gesperrt worden.
- 3 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG handelt unlauter, wer den Vermerk im Telefonbuch nicht beachtet, dass der Betroffene keine Werbemittelungen von Dritten erhalten möchte. Bereits ein Anrufversuch ist eine solche Missachtung eines Sterneintrages. Ob der Angerufene das Telefon abnimmt ist daher nicht von Belang.
- 4 Im Falle einer vorgängigen Einwilligung zur Kontaktnahme ist eine Bewerbung per Telefon nicht unlauter. Diesen Nachweis zur Einwilligung muss der Anrufer erbringen. Die Beschwerdegegnerin macht eine solche Einwilligung geltend, ohne aber einen Nachweis dafür einzureichen. Das Vorliegen einer rechtsgültigen Einwilligung zur Kontaktnahme ist daher vorliegend nicht glaubhaft. Die Beschwerde ist gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig auf die telefonische Kontaktnahme mit dem Beschwerdeführer zu Werbezwecken gemäss den eigenen Zusicherungen zu verzichten.

- l) **Nr. 157/13**
(Telefonmarketing trotz Sterneintrag)

Die **Zweite Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Die Beschwerdeführer machen geltend, dass sie von der Beschwerdegegnerin trotz Sterneintrag einen Werbeanruf erhalten hätten. Zudem seien die beworbenen Telefontarife einseitig, unvorteilhaft und intransparent.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin sei kontaktiert worden und habe dabei kundgetan, Interesse am beworbenen Tarif zu haben. Sie habe um Rückruf gebeten. Im Rahmen eines Rückrufes durch den Beschwerdeführer sei es zu einem Vertragsabschluss gekommen. In einem nachfolgenden Anruf sei den Beschwerdeführern ein weiterer Tarif vorgestellt worden, der - entgegen den Ausführungen in der Beschwerde - nicht zu schlechteren Konditionen geführt hätte. Die erste Kontaktnahme sei darüber hinaus zulässig gewesen, da keine Anrufe ohne Zustimmung ausgeführt würden. Ein Nachweis über diese Zustimmung ergibt sich aus der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin nicht. Die Telefonnummer der Beschwerdeführer sei in der Zwischenzeit intern ohne Anerkennung einer Rechtspflicht gesperrt worden.
- 3 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG handelt unlauter, wer den Vermerk im Telefonbuch nicht beachtet, dass der Betroffene keine Werbemittelungen von Dritten erhalten möchte. Im Falle einer vorgängigen Einwilligung zur Kontaktnahme ist eine Werbung per Telefon nicht unlauter. Diesen Nachweis zur Einwilligung muss der Anrufer erbringen. Die Beschwerdegegnerin macht eine solche Einwilligung geltend, ohne aber einen Nachweis dafür einzureichen. Das Vorliegen einer rechtsgültigen Einwilligung zur Kontaktnahme beim ersten Anruf ist daher vorliegend nicht glaubhaft. Die Beschwerde ist daher für den ersten Anruf gutzuheissen. Aus den Eingaben der Beschwerdeführer geht hervor, dass sie für weitere Werbeanrufe von der Beschwerdegegnerin nicht weiter kontaktiert werden wollen.
- 4 Die weiteren Anrufe hingegen waren aufgrund glaubhaft vorliegender Einwilligung zulässig.
- 5 Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, dass die Vertragsbedingungen nicht mit dem Besprochenen übereinstimmen würden, einseitig seien etc., handelt es sich bei diesen Fragen um Vertragsrecht und nicht um die Lauterkeit der Werbung. Die Lauterkeitskommission ist aber nur zur Beurteilung der Lauterkeit von kommerzieller Kommunikation zuständig (Art. 1 Abs. 3 Geschäftsreglement der Lauterkeitskommission). Sie kann über vertragsrechtliche Fragen keine Entscheide fällen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig auf die telefonische Kontaktnahme mit den Beschwerdeführern zu Werbezwecken gemäss den eigenen Zusicherungen zu verzichten.