

Plenum/Plénum 2.11.11

Rekurse/Recours

- 1) Nr. 164/11
(Telefonmarketing – Anruf von Immobilienmaklerin aufgrund Immobilienverkaufsinserat)
Sachverhaltsergänzung im Rekurs
- 2) Nr. 190/11
(Telefonmarketing – Hilfsperson gibt Nummer mit Sterneintrag an zwecks Erreichbarkeit)
Geltendmachung konkreter Willkürgründe fehlt
- 3) Nr. 229/11
(Jugendschutz – Plakat für Wein in der Nähe eines Schulhauses)
Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung, LGV SR 817.02

Werbeanrufe auf nicht eingetragene Telefonnummern, Beurteilung durch das Plenum/

Appels téléphoniques publicitaires sur un numéro de téléphone non publié, décision par le Plénum

1) **Nr. 164/11**
(Telefonmarketing – Anruf von Immobilienmaklerin aufgrund Immobilienverkaufsinsert)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

i n E r w ä g u n g :

- Gegen den Entscheid der Zweiten Kammer vom 11. Mai 2011, eröffnet am 20. Juni 2011, wurde vom Beschwerdeführer am 22. Juni 2011 fristgerecht Rekurs eingereicht. Trotz Aufforderung wurde von der Beschwerdegegnerin keine Rekursantwort eingereicht.
- Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission ist ein Rekurs nur in Fällen von Willkür möglich. Nach herrschender Rechtsprechung und Praxis der Lauterkeitskommission liegt Willkür dann vor, wenn die Erwägungen der Vorinstanz offenbar unhaltbar sind, zur tatsächlichen Situation im Widerspruch stehen, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen, oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen. Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.
- Das Plenum ist der Meinung, dass der Kammerentscheid aufgrund des damals vorliegenden Sachverhalts und der eingereichten Unterlagen vertretbar war. Es liegen keine Anhaltspunkte einer willkürlichen Entscheidung vor. Der rekursführende Beschwerdeführer bringt im Rahmen des Rekursverfahrens zwar keine Willkürgründe, dafür aber neue Tatsachen (Noven) ins Spiel, welche im Rahmen des Beschwerdeverfahrens noch nicht vorlagen. Jedoch können im Rekursverfahren keine Sachverhaltsergänzungen mehr vorgenommen werden. Der Rekurs ist daher abzuweisen.
- Nichtsdestotrotz hat der rekursführende Beschwerdeführer aber mit der Beschwerde und diesem Rekurs bei der Schweizerischen Lauterkeitskommission in klarer Weise geltend gemacht, dass er keine Kontaktnahmen der Beschwerdegegnerin mehr wünscht.

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

1. Der Rekurs wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin wird aufgefordert, den Beschwerdeführer nicht mehr telefonisch zu kontaktieren.

Eröffnung Beschluss der Zweiten Kammer der Lauterkeitskommission vom 11. Mai 2011

i n E r w ä g u n g :

- Trotz Sterneintrag und Unterlassungsaufforderung erhielt der Beschwerdeführer von der Beschwerdegegnerin Werbeanrufe.
- Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass sie als Immobilienmaklerin nur Adressaten kontaktiere, welche ein Immobilienverkaufsinsert veröffentlicht hätten. Daher sei die Kontaktnahme zulässig gewesen, denn wer seine Telefonnummer in einem Inserat veröffentlicht, der willige doch der Kontaktnahme zu. Dennoch werde der Beschwerdeführer inskünftig nicht mehr kontaktiert.
- Wer seine Telefonnummer im Rahmen eines Immobilienverkaufsinsertes im Internet oder in einer Zeitung veröffentlicht, kann sich nicht auf den Sterneintrag im Telefonbuch berufen, wenn ein Anruf einen sachlichen Zusammenhang zu diesem geplanten Verkauf der Liegenschaft hat. Dieser sachliche Zusammenhang war vorliegend gegeben. Somit waren die Anrufe der Beschwerdegegnerin, gerechtfertigt und nicht unlauter im Sinne des Grundsatzes Nr. 4.4 Ziff. 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

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

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2) **Nr. 190/11**
(Telefonmarketing – Hilfsperson gibt Nummer mit Sterneintrag an zwecks Erreichbarkeit)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

i n E r w ä g u n g :

- Gegen den Entscheid der Dritten Kammer vom 29. Juni 2011, eröffnet am 20. Juli 2011, wurde vom Beschwerdeführer am 26. Juli 2011 fristgerecht Rekurs eingereicht. Die Rekursantwort erfolgte am 29. August 2011.
- Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission ist ein Rekurs nur in Fällen von Willkür möglich. Nach herrschender Rechtsprechung und Praxis der Lauterkeitskommission liegt Willkür dann vor, wenn die Erwägungen der Vorinstanz offenbar unhaltbar sind, zur tatsächlichen Situation im Widerspruch stehen, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen, oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen. Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.
- Das Plenum ist der Meinung, dass der Kammerentscheid aufgrund des damals vorliegenden Sachverhalts und der eingereichten Unterlagen vertretbar war. Es liegen keine Anhaltspunkte einer willkürlichen Entscheidung vor. Der rekursführende Beschwerdeführer macht entsprechend keine konkreten Willkürgründe geltend. Es ist für das Plenum nicht ersichtlich, warum die Kammer von der Unwahrheit der Aussagen der Beschwerdegegnerin hätte ausgehen müssen, wie der rekursführende Beschwerdeführer geltend macht. Eine Sachverhaltsbeurteilung, welche mit der von beiden Seiten geltend gemachten Situation im Widerspruch stehen würde, kann der Kammer nicht vorgeworfen werden. Die Beweiswürdigung war nicht willkürlich. Der Rekurs ist daher abzuweisen.
- Nichtsdestotrotz hat der rekursführende Beschwerdeführer aber mit der Beschwerde und diesem Rekurs bei der Schweizerischen Lauterkeitskommission in klarer Weise geltend gemacht, dass er keine Kontaktnahmen der Beschwerdegegnerin mehr wünscht.

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

1. Der Rekurs wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin wird aufgefordert, den Beschwerdeführer für kommerzielle Kommunikation nicht mehr telefonisch zu kontaktieren.

Eröffnung Beschluss der Dritten Kammer der Lauterkeitskommission vom 29. Juni 2011

i n E r w ä g u n g :

- Trotz Sterneintrag hat der Beschwerdeführer von der Beschwerdegegnerin einen Werbeanruf erhalten. Der Beschwerdeführer verlangt auch Auskünfte gemäss Datenschutzgesetz und macht eine Umtriebsentschädigung geltend.
- Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass die ursprünglich angerufene Nummer nicht mit einem Sterneintrag versehen sei. Bei der ursprünglichen Nummer habe die Dame, welche das Telefon entgegennahm, auf die Nummer mit dem Sterneintrag hingewiesen, da der Beschwerdeführer unter dieser Nummer erreichbar sei.
- 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 Ausführungen der Beschwerdegegnerin, wonach zuerst auf die nicht mit einem Sterneintrag versehene Geschäftsnummer einer Drittpartei, für welche der Beschwerdeführer als Verwaltungsratspräsident handelt, angerufen wurde, erscheint glaubhaft. Dass alsdann, nach einer Auskunft einer für diese Drittpartei handelnden Hilfsperson, die mit einem Sterneintrag versehene Geschäftsnummer des Beschwerdeführers gewählt wurde, kann nicht mehr als unlauteres Verhalten der Beschwerdegegnerin qualifiziert werden. Der Beschwerdeführer hätte die Möglichkeit gehabt, als VR-Präsident auch für die Drittpartei einen Sterneintrag zu erwirken, insbesondere da Faxnummer und E-Mail-Adresse bereits über einen solchen verfügen.
- Daher liegt kein unlauteres Verhalten vor und die Beschwerde ist abzuweisen.
- Jedoch ist der Wunsch des Beschwerdeführers, telefonisch nicht mehr kontaktiert zu werden, durch die Beschwerdegegnerin inskünftig zu berücksichtigen.
- Die Lauterkeitskommission hat nur über die Lauterkeit von kommerzieller Kommunikation zu entscheiden (Art. 1 Abs. 3 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission). Über allfällige Auskunftsansprüche aus Datenschutzgesetz oder Ähnliches hat sie nicht zu befinden. Ebenso besteht keine Rechtsgrundlage für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung zugunsten einer beschwerdeführenden Partei.

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

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

**3) Nr. 229/11
(Jugendschutz – Plakat für Wein in der Nähe eines Schulhauses)**

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

i n E r w ä g u n g :

- Gegen den Entscheid der Dritten Kammer vom 29. Juni 2011, eröffnet am 20. Juli 2011, wurde von der Beschwerdeführerin am 29. August 2011 fristgerecht Rekurs eingereicht. Die Rekursantwort der Plakatgesellschaft datiert vom 26. September 2011. Von Swiss Wine Promotion wurde trotz Aufforderung keine Rekursantwort eingereicht.
- Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission ist ein Rekurs nur in Fällen von Willkür möglich. Nach herrschender Rechtsprechung und Praxis der Lauterkeitskommission liegt Willkür dann vor, wenn die Erwägungen der Vorinstanz offenbar unhaltbar sind, zur tatsächlichen Situation im Widerspruch stehen, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen, oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen. Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.
- Die Rekursführerin macht geltend, dass ein Rekursgrund vorliege, da die Lauterkeitskommission nicht gleich geurteilt habe wie in anderen Fällen.
- Spruchkörper der Lauterkeitskommission sind die drei Kammern. Gleich wie bei den einzelnen Kammern an Gerichten kann es durchaus dazu kommen, dass die einzelnen Kammern eine Rechtsfrage unterschiedlich beurteilen. Um die einheitliche Rechtsprechung der Lauterkeitskommission zu definieren, hat das Plenum im vorliegenden Rekurs demnach die folgende Frage zu beantworten: Sind die Abstandsregelungen der Verhaltenskodizes der Spirituosen- und Tabakindustrie analog auch für die Aussenwerbung von Bier und Wein anwendbar?

- Die Rechtsprechung der Lauterkeitskommission hat sich an die gesetzlichen Grundlagen zu halten. Einschränkungen über den gesetzlichen Rahmen hinaus sind nur dort zulässig, wo im Rahmen einer Vereinbarung mit der entsprechenden Industrie die Zustimmung der Mitglieder der jeweiligen Branchenvereinigung vorliegt. Bekanntlich ist dies für die Spirituosen- und Tabakindustrie der Fall, für den Bereich der vergärten Alkoholika (Bier, Wein, Schaumwein) hingegen nicht. Die Lauterkeitskommission ist daher an die gesetzlichen Vorgaben gebunden.
- Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV, SR 817.02) ist Alkoholwerbung verboten, die sich speziell an Jugendliche richtet, insbesondere an Orten, die hauptsächlich von Jugendlichen benutzt werden. Entsprechend gleich lautend ist auch der Grundsatz Nr. 5.9 Ziff. 1 der Lauterkeitskommission.
- Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ist klar ersichtlich, dass der Gesetzgeber kein «Rayonverbot» in Metern definiert hat, sondern für jeden einzelnen Ort die Beurteilung verlangt, ob sich die Werbung speziell an Jugendliche richtet. Der Rechtsanwender, vorliegend die Lauterkeitskommission, ist demnach verpflichtet, eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen.
- Diese Einzelfallbeurteilung hat die Kammer im angefochtenen Entscheid gemacht. Auch aus dem Rekurs gehen keine sachverhaltlichen Beweise hervor, dass diese Beurteilung willkürlich gewesen wäre. Der Rekurs ist daher abzuweisen.
- Soweit die zuständige Plakatgesellschaft an der fraglichen Plakatstelle freiwillig auf Wein- oder Bierwerbung verzichten will, so ist ihr das selbst überlassen. Auf die Auslegung der gesetzlichen Grundlagen hat dies aber keinen Einfluss.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.

Eröffnung Beschluss der Dritten Kammer der Lauterkeitskommission vom 29. Juni 2011

i n E r w ä g u n g :

- Die Beschwerdegegnerin beanstandet ein Plakat für Wein in unmittelbarer Nähe eines Schulhauses, was gegen den Grundsatz Nr. 5.9 verstosse.
- Die Werbetreibende macht geltend, dass sie bei der Mediaagentur resp. der Plakataushanggesellschaft sofort interveniert habe, damit der Aushang beseitigt werde, was zugesichert worden sei. Die Plakataushanggesellschaft teilt mit, dass sich die Plakatstelle zwar in der Nähe eines Schulhauses befinde, die primäre Zielgruppe aber die Strassenbenützer seien, weshalb die Plakate nicht hauptsächlich von Jugendlichen beachtet würden. Zudem macht sie geltend, dass der Verhaltenskodex der Spirituosenproduzenten nicht zur Anwendung komme, da es sich vorliegend um Weinwerbung handle.
- Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend feststellt, kommt der genannte Verhaltenskodex nicht zur Anwendung, da im vorliegenden Fall keine Spirituose beworben wird.
- 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 Tabakwaren und Alkohol zu veranlassen. Verboten ist insbesondere die Werbung an Orten, wo sich hauptsächlich Jugendliche aufhalten.
- Im vorliegenden Fall befindet sich die Plakatwerbung zwar in der Nähe eines Schulhauses, jedoch ist die Werbung von der Schule abgewendet und ist vom Schulhausareal aus nicht einsehbar. Sie richtet sich eindeutig an die Strassenbenützer. Die Werbung befindet sich somit nicht an einem Ort, wo sich hauptsächlich Jugendliche aufhalten.

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

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Werbeanrufe auf nicht eingetragene Telefonnummern, Beurteilung durch das Plenum/

Appels téléphoniques publicitaires sur un numéro de téléphone non publié, décision par le Plénum

Beispiel deutsch: <http://www.faire-werbung.ch/pdf/LK1140911.pdf> – 16) Nr. 301/11

Exemple français: <http://www.loyaute-en-publicite.ch/pdf/LK3290611.pdf> - 11) N° 198/11

Bis heute ist offen und nicht entschieden, ob eine nicht eingetragene Telefonnummer über eine implizite Untersagung von Werbeanrufen, abgehend von Unternehmen oder Personen, welche von dieser nicht publizierten Rufnummer gerade keine Kenntnis haben sollen, verfügt, oder ob Werbeanrufe auf solche Rufnummern nur dann unlauter sein können, wenn sie einen Sterneintrag in einem offiziellen Telefonverzeichnis aufweisen.

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

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

Die nächst tagende Kammer wird aufgefordert, die Beschwerdegegnerin im erwähnten Verfahren anzuweisen, die Rechtmässigkeit der Datenbeschaffung sowie die Zweckmässigkeit der Datenverwendung nachzuweisen.