

# Plenum/Plénum/Assemblea plenaria 6.5.2020

## 1. Rekurse/Recours/Ricorsi

- a) Nr. 154/19 und 159/19  
(Transparenzgebot – Werbung auf Instagram ohne Deklaration)
- b) Nr. 157/19  
(Transparenzgebot – Werbung auf Instagram ohne Deklaration)
- c) N° 207/19  
(Marketing direct – Non-respect de l'autocollant «Pas de publicité»)

# 1. Rekurse/Recours/Ricorsi

- a) Nr. 154/19 und 159/19  
(Transparenzgebot – Werbung auf Instagram ohne Deklaration)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

in Erwägung:

Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich das Folgende ergeben:

- 1 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin verletzt ein Instagram-Post des Beschwerdegegners vom 6. Mai 2019 das Transparenzgebot von Grundsatz Nr. B.15 Abs. 1 und 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission, da dieser Beitrag nicht als Werbung gekennzeichnet gewesen sei. Auf dem beanstandeten Post sei zu sehen, wie sich der Beschwerdegegner ein Bandana oder Stirnband der Marke ██████ anziehe. Weiter werde das Logo von ██████ im Zeitraum von 0:26 bis 0:34 auf der Brust des Beschwerdegegners gezeigt. Es folge eine weitere Einblendung des Beschwerdegegners mit dem fraglichen Bandana. Zudem werde für ca. 2 Sekunden eine Uhr von ██████ eingeblendet. Ein Hinweis auf bezahlte Werbung fehle jedoch. Zusammen mit der Tonspur, in welcher auf die sportlichen Erfolge des Beschwerdegegners hingewiesen werde, werde dieser sportliche Erfolg mit dem Sponsor des Beschwerdegegners in Verbindung gebracht. Im analogen Beschwerdeverfahren zum gleichen Instagram-Post des Beschwerdegegners beanstandet die Beschwerdeführerin zudem, dass auch die Logos des ehemaligen Sponsors ██████ und der ATP eingeblendet werden.
- 2 Der Beschwerdegegner beantragt die Vereinigung der beiden Verfahren Nr. 154/19 und Nr. 159/19. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil der Beschwerdegegner in der SLK nicht vertreten sei, es sich nicht um Werbung handle und zudem die Auswirkung auf den Markt in der Schweiz fehle. Wohl sei die Beschwerdeführerin in der SLK vertreten, nicht aber der Beschwerdegegner als natürliche Person. Das Verfahren der SLK sei für Beschwerden gegen juristische Personen geschaffen worden, nicht aber gegen einzelne natürliche Personen. Die Unzuständigkeit der SLK ergebe sich zudem daraus, dass der Beschwerdegegner keinerlei Gegenleistung von ██████ für den fraglichen Post erhalten habe und die Bekleidungsstücke von ██████ weder in der Schweiz gekauft noch online bestellt werden können. Es fehle daher an der notwendigen Auswirkung auf den schweizerischen Markt. Mit Bezug auf ██████ gehe aus der Beschwerde nicht genügend klar hervor, ob sich die Beschwerde auch darauf beziehe. Bei der Darstellung der ██████ Uhr handle es sich um eine Match-Uhr auf dem Turniergelände. Der Post sei nicht im Zusammenhang mit der Sponsoringtätigkeit des Beschwerdegegners für ██████ produziert worden. Auch bezüglich ██████, dessen Logo als ehemaliger Sponsor auch erkennbar sei in Sequenzen alter Matches, bestünde keine Werbewirkung und keine Sponsoringtätigkeit. Analoges argumentiert der Beschwerdegegner für die ebenfalls sichtbaren Logos der ATP.
- 3 Mit Blick auf die materiellen Rechtsfragen macht der Beschwerdegegner geltend, dass die Grundsätze der Lauterkeitskommission nicht festlegen, in welcher Form der Hinweis auf Werbung zu erfolgen habe. Zudem sei das Trennungsgebot nicht anwendbar auf Privatpersonen, sondern auf Beiträge von Journalisten und Medien.
- 4 Der Adressatenkreis der vorliegenden Kommunikation seien die Abonnenten des Instagram-Accounts des Beschwerdegegners, welche über die Sponsoren des Beschwerdegegners im Bilde seien. Zudem sei Sponsoring im Sport ein allgemein bekanntes Phänomen. Es sei notorisch bekannt, dass professionelle Sportler und Sportanlässe gesponsert werden. Daher ergebe bereits die reine Tatsache, dass der Beschwerdegegner Bekleidung von ██████ trage, den klaren Hinweis, dass es sich um ein bezahltes Sponsoringverhältnis handle. Eine weitere Kennzeichnung sei daher nicht notwendig. Die Sponsoringtätigkeiten des Beschwerdegegners seien auch allgemein bekannt und transparent.
- 5 Zudem hat der Beschwerdegegner neben der Tatsache, dass nur die Beschwerdeführerin in der Lauterkeitskommission vertreten sei, weitere Bedenken zur Unabhängigkeit der SLK. Der Mediensprecher der SLK habe in einem Interview des Fernsehsenders SRF inhaltlich Stellung genommen zum Verfahren. Er habe ausdrücklich gesagt, wenn der Beschwerdegegner «auf seiner Instagram-

Seite eine Werbung platziere, ja, dann müsse auch er dies als solche kennzeichnen». Das komme einer Vorverurteilung gleich. Der Beschwerdegegner behalte sich daher auch aufsichtsrechtliche Schritte gegen die SLK vor.

- 6 Die paritätische Zusammensetzung der urteilenden drei Kammern der Lauterkeitskommission gemäss Art. 3 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission (Fachleute aus dem Bereich der kommerziellen Kommunikation, der Medien und der Konsumentenschaft) dient der Glaubwürdigkeit und Unabhängigkeit der Entscheide der Lauterkeitskommission. Diese Zusammensetzung der SLK-Kammern, welche im internationalen Vergleich der Selbstkontrollorganisationen eine besondere Qualität der schweizerischen Organisation ist, hat aber keinerlei Bedeutung mit Blick auf die Zuständigkeit der Lauterkeitskommission. Im Sinne einer Popularbeschwerde kann jedermann bei der Lauterkeitskommission Beschwerde gegen kommerzielle Kommunikation einreichen, die ihre Wirkung in der Schweiz entfaltet (Art. 1 Abs. 3 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission i.V.m. Grundsatz Nr. A.3, siehe dazu unten Erwägung 10; vgl. zum Verfahren der Lauterkeitskommission auch: Mischa Senn, Das Verfahren vor der Schweizerischen Lauterkeitskommission, in: sic! 6/1999, S. 697 ff.). Ob sich ein Beschwerdegegner auf ein Verfahren einlässt oder nicht, ist für die Anhandnahme einer Beschwerde nicht von Belang.
- 7 Eine Beurteilung durch die SLK hat dem verfassungsmässigen Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 5 der Bundesverfassung) und dem Grundsatz der Unabhängigkeit zu entsprechen, was nach Art. 35 Abs. 3 der Bundesverfassung nicht nur zwischen Staat und Bürger, sondern auch zwischen Privaten Wirkung entfalten soll (siehe dazu Tätigkeitsbericht 2016 der Lauterkeitskommission, S. 14). Entsprechend wendet die Lauterkeitskommission die Ausstandsregeln der staatlichen Prozessordnungen analog an (vgl. Art. 47 der Zivilprozessordnung und Art. 34 des Bundesgerichtsgesetzes). Hätte vorliegend die Zweite Kammer der Lauterkeitskommission mit dem durch die SKS Stiftung für Konsumentenschutz berufenen Kammermitglied Dr. Eric Pahud, stellvertretender Gerichtspräsident des Bezirksgerichts Zürich, über diese Beschwerde befunden, so müsste Herr Dr. Eric Pahud in Ausstand treten. Bei den vorliegenden Kammermitgliedern der Ersten Kammer gemäss Rubrum besteht hingegen kein Interessenkonflikt im Sinne der genannten Bestimmungen. Die Unabhängigkeit der vorliegend urteilenden Kammer wird im Gegensatz zu den Ausführungen des Beschwerdegegners auch nicht durch Medienaussagen des Medienverantwortlichen der Lauterkeitskommission beeinträchtigt, da der Medienverantwortliche nicht Kammermitglied und damit auch nicht stimmberechtigt im Rahmen der Entscheidungsfindung einer Kammer ist. Darüber hinaus bestand zu jenem Zeitpunkt noch keine gefestigte Praxis zur vorliegenden Fragestellung, die Aussage erfolgte zudem klarer Weise rein exemplarisch. Die Beschwerde kann durch die Erste Kammer daher ohne Zweifel beurteilt werden.
- 8 Die Beschwerden Nr. 154/19 und Nr. 159/19 betreffen denselben Lebenssachverhalt (denselben Instagram-Post des Beschwerdegegners), die gleichen Parteien sowie die gleichen Rechtsfragen. In analoger Anwendung beispielsweise der zivilprozessualen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) und des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP) werden die beiden Beschwerdeverfahren Nr. 154/19 und Nr. 159/19 gestützt auf Art. 5 Abs. 4 des Geschäftsreglements vereinigt und gemeinsam beurteilt (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP).
- 9 Unlauter 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 (Art. 2 UWG). Die Schweizerische Lauterkeitskommission konkretisiert die lauterkeitsrechtliche Generalklausel, indem sie in ihren Grundsätzen konkrete Verhaltensweisen oder Geschäftsgebaren als unlauter definiert. Vor diesem Hintergrund qualifiziert die Lauterkeitskommission kommerzielle Kommunikation etwa dann als unlauter, gleichgültig in welcher Form sie erscheint oder welches Medium sie benutzt, wenn sie nicht als solche eindeutig erkennbar und vom übrigen Inhalt nicht klar getrennt ist (Grundsatz Nr. B.15 Abs. 1).
- 10 Unter kommerzieller Kommunikation ist jede Massnahme zu verstehen, die eine gewisse Anzahl von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Produkten oder Geschäftsverhältnissen zum Hauptzweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflusst, wozu grundsätzlich auch Sponsoringkommunikation zählt (Grundsatz Nr. A.3 Abs. 1 und 2). Es ist unbestreitbar, dass die Logokommunikationen des Beschwerdegegners zugunsten seiner aktuellen und ehemaligen Sponsoren darauf ausgerichtet sind, die Adressaten der Kommunikation in der

Einstellung zu den fraglichen Waren oder Dienstleistungen zu beeinflussen. Das gilt auch für die gemäss Beschwerdegegnerin in der Schweiz nicht vertriebenen Waren des Sponsors [REDACTED]. Den Adressaten in der Schweiz wird die Marke [REDACTED] bekannt gemacht, was einen späteren, allfälligen Markteintritt in der Schweiz erleichtert. Dass ein solcher Markteintritt in der Schweiz nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich unter anderem auch aus der Medienberichterstattung (siehe z.B. <https://www.srf.ch/news/schweiz/xxxxxxx>, besucht am 11. September 2019). Darüber hinaus bleibt es den Adressaten in der Schweiz unbenommen, die fraglichen Waren auf ihren Auslandsreisen zu beziehen. Somit handelt es sich vorliegend um kommerzielle Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. A.3 Abs. 1 und 2, welche auch auf dem schweizerischen Markt Wirkung erzielt. Daher ist die Lauterkeitskommission zur Beurteilung des beanstandeten Instagram-Post des Beschwerdegegners gestützt auf Art. 1 Abs. 3 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission zuständig.

- 11 Gemäss Grundsatz Nr. B.15 Abs. 2 muss kommerzielle Kommunikation auch dann als solche eindeutig erkennbar sein, wenn eine Person ein Social-Media-Profil oder einen Social-Media-Account nutzt, um kommerzielle Kommunikation für Dritte zu betreiben oder zu ermöglichen, die für die Nutzer nicht als solche erkennbar ist. In diesem Sinne erfasst der Grundsatz Nr. B.15 trotz der zugegebenermassen zu eingrenzenden Überschrift «Trennung zwischen redaktioneller Information und kommerzieller Kommunikation» jede Kommunikationsform und nicht nur eigentliche redaktionelle Kommunikation, sei es von juristischen oder von natürlichen Personen. Insbesondere hat eine Person, welche Sponsoringleistungen oder andere damit vergleichbare Entgelte oder Sachleistungen erhält, ihr Verhältnis zur leistungsgebenden Person offenzulegen. Analog diesbezüglicher ausländischer Bestimmungen fordert der Grundsatz der Lauterkeitskommission keine allgemeine Kennzeichnungspflicht für kommerzielle Kommunikation zugunsten Dritter. Vielmehr genügt unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles die eindeutige Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters der Kommunikation. In analoger Art und Weise lautet beispielsweise § 5a Abs. 6 des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb: «Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.» Im Sinne des internationalen Charakters von Social-Media-Accounts und im Lichte der analogen deutschen Regulierung ist es durchaus angebracht, die Entwicklungen der aktuellen Rechtsprechung in Deutschland im vorliegenden Themenbereich miteinzubeziehen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass sowohl die Beurteilung der Lauterkeitskommission als auch die Rechtsprechung deutscher staatlicher Gerichte noch keine abschliessenden Erkenntnisse liefern, da keine höchstrichterlichen Präjudizien vorliegen.
- 12 Massgebend ist demnach die Frage, ob der kommerzielle Charakter einer Kommunikation eindeutig erkennbar ist oder nicht. Eine Kennzeichnung oder anderweitige Klarstellung ist somit dann erforderlich, wenn eine Kommunikation auf einem Social Media-Portal nicht eindeutig als kommerzielle Kommunikation identifiziert werden kann. Die Frage der Erkennbarkeit der Art der Kommunikation unterliegt jeweils einer Einzelfallbeurteilung. So hat beispielsweise das Landgericht München eine Klage gegen eine Influencerin abgewiesen, weil es zur Auffassung gelangte, dass die Instagram-Posts der Beklagten zwar kommerzieller Natur waren, weil sie durch die Posts die verlinkten Unternehmen und ihr eigenes Unternehmen förderte, dieser kommerzielle Charakter aber trotz fehlender Kennzeichnung für die angesprochenen Verkehrskreise erkennbar war (LG München I Urteil vom 29.4.2019 Az. 4 HK O 14312/18, «Cathy Hummels», E. 43 ff.). Das Landgericht München hat ebenfalls darauf hingewiesen, dass die Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters einer Kommunikation in jedem Einzelfall zu prüfen sei. Es entspricht allgemeinem Konsens nach aktueller deutscher Gerichtspraxis, dass eine Kennzeichnungspflicht entfällt, wenn sich der kommerzielle Charakter einer Kommunikation bereits aus den Umständen ergibt.
- 13 Für die Beurteilung einer Massnahme der kommerziellen Kommunikation berücksichtigt die Lauterkeitskommission insbesondere das Verständnis der massgebenden Zielgruppe, den Gesamteindruck und den Charakter des Mediums (Grundsatz Nr. A.1 Abs. 3). Beim Verständnis der massgebenden Zielgruppe wird nach ständiger Praxis der Lauterkeitskommission auf das Verständnis der durchschnittlich verständigen, durchschnittlich aufgeklärten und durchschnittlich informierten Mitglieder der adressierten Zielgruppe (sog. Durchschnittsadressaten) abgestellt (vgl. auch BGE 132 III 414 E.2.3.2; Mischa Senn, Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbereich, in: sic 7/8/2008,

S. 591). Dieser Durchschnittsadressat ist angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch (vgl. auch Ziff. 2 des Anhanges 6 VKos, SR 817.023.31).

- 14 Im vorliegenden Fall ist der Charakter des Publikationsmediums (Instagram) dadurch geprägt, dass der Adressatenkreis von Inhalten nicht unbestimmt, sondern sehr konkret messbar und feststellbar ist. Die Adressaten sind gemäss Beschwerdeführerin die rund sechs Millionen Follower (Abonnenten) des Instagram-Accounts des Beschwerdegegners. Ein Follower bestimmt selber, welchen Personen oder Unternehmen er folgen will. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die durchschnittlichen Schweizer Follower des Accounts des Beschwerdegegners für dessen Sportgeschichte und Leben interessieren. Ein Follower möchte durch das Folgen des Instagram-Accounts mehr über den Beschwerdegegner, seine Karriere und sein Leben erfahren. Sie sind interessierter am Beschwerdegegner und besser über ihn informiert, als jemand, der kein Follower dieses Accounts ist. Es darf davon ausgegangen werden, dass sich diese Durchschnittsadressaten darüber im Klaren sind, dass für die Präsentation von Marken wie ████████, ████████, ████████ und ATP durch den Beschwerdegegner kommerzielle Hintergründe bestehen, sei es durch Sponsoringvereinbarungen oder durch anderweitige, klar kommerziell geprägte Hintergründe. Dies insbesondere auch, als es im sportlichen und geschäftlichen Umfeld des Beschwerdegegners bekanntermassen üblich ist, Markenlogos aus rein kommerziellen Hintergründen zu präsentieren. Die Durchschnittsadressaten sind sich also dessen klar bewusst, dass die beanstandete Präsentation der Marken einen kommerziellen Zweck verfolgt.
- 15 Zusammenfassend handelt es sich beim beanstandeten Post unzweifelhaft um kommerzielle Kommunikation, die sich auch an die Schweizer Follower richtet. Der kommerzielle Charakter der beanstandeten Abbildungen der fraglichen Logos der Unternehmen, die im Rahmen typischer Sponsorenlogos auf der Bekleidung etc. erfolgen, ist für diese Durchschnittsadressaten eindeutig erkennbar. Aufgrund der eindeutigen Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. B.15 Abs. 1 und 2 bedarf es vorliegend keiner weiteren Kennzeichnung oder Klärstellung der Art der Kommunikation.
- 16 Daher hat die Vorinstanz die Beschwerde mit Beschluss vom 16. Oktober 2019 abgewiesen.

**Basierend darauf hält das Plenum das Folgende fest:**

- 1 Die Beschwerdeführerin hat innert Frist am 5. November 2019 Rekurs eingereicht. Sie macht geltend, dass ein gewichtiger Teil der Nutzungsrealität ausgeblendet werde. Ein «follow» sei mit einem Klick erledigt. Es sei keine Seltenheit, dass ein Nutzer mehreren Hundert Personen folge. Daher könne nicht vorausgesetzt werden, dass ein Follower vertiefte Kenntnisse über Sponsoringverträge oder kommerzielle Hintergründe verfüge. Mit der Vermischung von persönlichen Inhalten und Beiträgen zu sportlichen Leistungen sei der Kontext eines Posts jeweils nicht klar, solange keine eindeutige Kennzeichnung stattfinde. Die Beschwerdeführerin verweist auf das Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 24. Oktober 2019 (Az. 6 W 68/19), welches einen analogen Sachverhalt zugrunde gehabt habe und eine Kennzeichnungspflicht festgestellt worden sei. Der vorliegende Beschluss sei auch in Widerspruch mit dem Entscheid im Beschwerdeverfahren «Jolanda Neff».
- 2 Der Beschwerdegegner beantragt in seiner Stellungnahme vom 9. Januar 2020 die Nichtanhandnahme respektive die Abweisung des Rekurses. Darüber hinaus beantragt er, dass Dr. Eric Pahud in den Ausstand zu treten habe, weil er durch die Beschwerdeführerin zum Kammermitglied berufen worden sei.
- 3 Materiell macht der Beschwerdegegner geltend, dass der Rekurs ungenügend begründet sei. Gemäss Art. 18 Abs. 3 des Geschäftsreglements der SLK sei ein Rekurs unter Angabe der Rügegründe schriftlich zu begründen. Ist ein Rekurs offensichtlich ungenügend begründet, werde er gemäss Art. 9 Abs. 1 Ziff. 1 des Geschäftsreglements nicht anhand genommen. Da die Beschwerdeführerin am Schluss ihres Rekurses bloss pauschal den ganzen angefochtenen Beschluss als willkürlich bezeichnet, genüge der Rekurs dieser Begründungspflicht nicht.
- 4 Selbst wenn auf den Rekurs eingetreten werde, sei er mangels Willkür des vorinstanzlichen Entscheides abzuweisen. Der Beschwerdegegner weist zudem darauf hin, dass im Rekursverfahren ein Novenverbot bestehe, weshalb auf neue Sachvorbringen im Rekurs nicht weiter einzugehen sei.

- Inhaltlich macht der Beschwerdegegner zusammenfassend geltend, dass gemäss Schweizer Recht dem Gebot der Erkennbarkeit Vorrang vor der Kennzeichnungspflicht zukomme. Eine allgemeine Kennzeichnungspflicht bestehe nicht. Für den Durchschnittsadressaten sei die geforderte Erkennbarkeit im vorliegenden Fall gegeben, weshalb keine weitere Kennzeichnung notwendig war. Im Übrigen sei das Trennungsgebot nicht anwendbar, da der beanstandete Post kein redaktioneller Beitrag sei.
- 5 Betreffend des Antrags des Beschwerdegegners auf Ausstand von Herrn Eric Pahud kann das Folgende festgehalten werden: Eine Sachverhaltsbeurteilung durch die SLK hat dem verfassungsmässigen Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 5 der Bundesverfassung) und dem Grundsatz der Unabhängigkeit zu entsprechen, was nach Art. 35 Abs. 3 der Bundesverfassung nicht nur zwischen Staat und Bürger, sondern auch zwischen Privaten Wirkung entfalten soll. Entsprechend wendet die Lauterkeitskommission die Ausstandsregeln der staatlichen Prozessordnungen analog und selbständig an (vgl. Art. 47 der Schweizerischen Zivilprozessordnung und Art. 34 des Bundesgerichtsgesetzes, siehe Geschäftsprüfungsausschuss SLK 071216, Fall Nr. 222/16, in: SLK Tätigkeitsbericht 2016, S. 14). Daher wurde der Ausstand von Herrn Eric Pahud bereits intern festgestellt und ein weiterer Beschluss in dieser Sache ist daher nicht notwendig.
  - 6 Nach Art. 18 Abs. 1 Ziff. 2 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 (siehe dazu Mischa Senn, SLKE «Superlativwerbung Hotelfachschule» v. 23.11.2016, E.3, sic! 2017, 248). Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.
  - 7 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz die Frage der Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation nicht an die Bekanntheit des Beschwerdegegners geknüpft. Entscheidend ist bei der Beurteilung eines Posts nicht das allfällige Wissen um die kommunizierende Person und deren Hintergründe, sondern alleine der gestalterische und textliche Inhalt der zu beurteilenden Kommunikation. Diesen Grundsätzen entsprechen die vorinstanzlichen Erwägungen.
  - 8 Gemäss Grundsatz Nr. B.15 Abs. 2 muss kommerzielle Kommunikation auch dann als solche eindeutig erkennbar sein, wenn eine Person ein Social-Media-Profil oder einen Social-Media-Account nutzt, um kommerzielle Kommunikation für Dritte zu betreiben oder zu ermöglichen. Eine Kennzeichnung oder anderweitige Klarstellung ist somit dann erforderlich, wenn eine Kommunikation auf einem Social Media-Portal gerade nicht eindeutig als private Meinungsäusserung oder als kommerzielle Kommunikation identifiziert werden kann. Es besteht keine allgemeine Kennzeichnungspflicht für kommerzielle Kommunikation zugunsten Dritter. Vielmehr wird unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles die eindeutige Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters der Kommunikation nach dem Verständnis der Durchschnittsadressaten verlangt. Auch unter diesem Aspekt sind die vorinstanzlichen Erwägungen nicht zu beanstanden. Das von der Beschwerdeführerin angegriffene Urteil des OLG Frankfurt vermag daran nichts ändern. Dieses Urteil setzt sich nur rudimentär mit dem Verständnishorizont von Instagram-Followern auseinander und wird in der Literatur entsprechend auch als «recht undifferenziert» und «wenig strukturiert» kritisiert (siehe dazu z.B. MIR Medien Internet und Recht, Onlinepublikationen zum Medien- und Internetrecht, Thomas Ch. Gramespacher, (Nicht) Alles Werbung?! – Zur Notwendigkeit der Kennzeichnung von Instagram-Posts einer bekannten Influencerin mit Tags zu anderen Unternehmen als Werbung, [https://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir\\_dok\\_id=2937](https://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2937); besucht am 5. Mai 2020). Vielmehr scheinen erste wissenschaftliche Studien zu zeigen, dass auch jugendliche Follower die kommerziellen Überzeugungsabsichten eines Beitrages offenbar aufgrund der konkreten Inhaltsgestaltung zu erkennen vermögen und durchaus eine kritische Haltung gegenüber Influencer-Posts haben (siehe dazu auch Mischa Senn, Influencer-Marketing und die Rechtswirklichkeit, in: Jusletter 16. Dezember 2019, N. 25.).
  - 9 Auch in Würdigung dieser Grundsätze ist die vorinstanzliche Beurteilung nicht zu beanstanden. Zusammenfassend erscheint es als nachvollziehbar und damit in keiner Art als willkürlich, dass die Vorinstanz zur Schlussfolgerung gelangte, dass die vorliegenden Logopräsentationen von

Drittunternehmen im beanstandeten audiovisuellen Beitrag des Beschwerdegegners klar als kommerzieller Natur erkennbar waren und damit keine weitere Kennzeichnung stattfinden musste.

- 10 Soweit die Beschwerdeführerin einen Widerspruch mit dem Beschwerdeentscheid Nr. 156/19 der Dritten Kammer vom 19. Juni 2019 geltend macht, kann darauf verwiesen werden, dass aus der Entscheidungsbegründung zu diesem Fall ersichtlich ist, dass sich die Beschwerdegegnerin der Beschwerde unterzogen und daher keine weitere inhaltliche Beurteilung des Sachverhaltes stattgefunden hatte.
- 11 Aus diesen Gründen ist der Rekurs abzuweisen.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.

- b) **Nr. 157/19**  
(Transparenzgebot – Werbung auf Instagram ohne Deklaration)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

**in Erwägung:**

**Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich das Folgende ergeben:**

- 1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass in einem Instagram-Post der Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 2019 unter anderem Ringe und Armbänder von [REDACTED] und [REDACTED] zu sehen seien. Sowohl auf dem Bild als auch im Text befindet sich ein Hinweis auf diese beiden Anbieter. Ein Hinweis auf bezahlte Werbung fehle hingegen.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie macht geltend, dass sie mit den fraglichen Unternehmen keinerlei Kooperationsvereinbarung habe. Es habe sich um einen privaten Post über ihren eigenen Schmuck gehandelt, ohne jegliche Werbeabsichten.
- 3 Unlauter 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 (Art. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG). Die Schweizerische Lauterkeitskommission konkretisiert die lauterkeitsrechtliche Generalklausel, indem sie in ihren Grundsätzen konkrete Verhaltensweisen oder Geschäftsgebaren als unlauter definiert. Vor diesem Hintergrund qualifiziert die Lauterkeitskommission kommerzielle Kommunikation etwa dann als unlauter, gleichgültig in welcher Form sie erscheint oder welches Medium sie benutzt, wenn sie nicht als solche eindeutig erkennbar und vom übrigen Inhalt nicht klar getrennt ist (Grundsatz Nr. B.15 Abs. 1 der Lauterkeitskommission).
- 4 Unter kommerzieller Kommunikation ist jede Massnahme zu verstehen, die eine gewisse Anzahl von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Produkten oder Geschäftsverhältnissen zum Hauptzweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflusst, wozu grundsätzlich auch Sponsoringkommunikation zählt (Grundsatz Nr. A.3 Abs. 1 und 2). Gemäss Grundsatz Nr. B.15 Abs. 2 muss kommerzielle Kommunikation auch dann als solche eindeutig erkennbar sein, wenn eine Person ein Social-Media-Profil oder einen Social-Media-Account nutzt, um kommerzielle Kommunikation für Dritte zu betreiben oder zu ermöglichen, die für die Nutzer nicht als solche erkennbar ist. In diesem Sinne erfasst der Grundsatz Nr. B.15 trotz der zugegebenermassen zu eingrenzenden Überschrift «Trennung zwischen redaktioneller Information und kommerzieller Kommunikation» jede Kommunikationsform und nicht nur eigentliche redaktionelle Kommunikation, sei es von juristischen oder von natürlichen Personen. Insbesondere hat eine Person, welche Sponsoringleistungen oder andere damit vergleichbare Entgelte oder Sachleistungen erhält, ihr Verhältnis zur leistungsgebenden Person offenzulegen. Analog ausländischer Bestimmungen fordert der Grundsatz der Lauterkeitskommission keine allgemeine Kennzeichnungspflicht für kommerzielle Kommunikation zugunsten Dritter. Vielmehr wird unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles die eindeutige Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters der Kommunikation verlangt. Eine Kennzeichnung oder anderweitige Klarstellung ist somit dann erforderlich, wenn eine Kommunikation auf einem Social Media-Portal gerade nicht eindeutig als private Meinungsäusserung oder als kommerzielle Kommunikation identifiziert werden kann. Die Frage der Erkennbarkeit der Art der Kommunikation unterliegt jeweils einer Einzelfallbeurteilung.
- 5 Für die Beurteilung einer Massnahme der kommerziellen Kommunikation berücksichtigt die Lauterkeitskommission insbesondere das Verständnis der massgebenden Zielgruppe, den Gesamteindruck und den Charakter des Mediums (Grundsatz Nr. A.1 Abs. 3). Beim Verständnis der massgebenden Zielgruppe wird nach ständiger Praxis der Lauterkeitskommission auf das Verständnis der durchschnittlich verständigen, durchschnittlich aufgeklärten und durchschnittlich informierten Mitglieder der adressierten Zielgruppe (sog. Durchschnittsadressaten) abgestellt (vgl. auch BGE 132 III 414 E.2.3.2; Mischa Senn, Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbereich, in: sic 7/8/2008, S. 591).



- 6 Im vorliegenden Fall ist der Charakter des Publikationsmediums (Instagram) dadurch geprägt, dass der Adressatenkreis von Inhalten nicht unbestimmt, sondern sehr konkret messbar und feststellbar ist. Die Adressaten sind nämlich gemäss Beschwerdeführerin die rund 1.5 Millionen Follower (Abonnenten) des Instagram-Accounts der Beschwerdegegnerin. Ein Follower bestimmt, welchen Personen oder Unternehmen er folgen will. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die durchschnittlichen Schweizer Follower der Beschwerdegegnerin für deren Karriere und Leben interessieren und sie durch das Folgen des Instagram-Accounts mehr über sie, ihre Karriere und ihr Leben erfahren möchten. Sie sind interessierter an der Beschwerdegegnerin als Person und besser über sie informiert, als jemand, der kein Follower dieses Accounts ist. Es darf davon ausgegangen werden, dass sich diese Durchschnittsadressaten klar bewusst sind, dass die Beschwerdegegnerin ihre Dienste als professionelle Influencerin anbietet. Dies insbesondere auch, weil es sich beim Account der Beschwerdegegnerin aufgrund des am Anfang des Profils gesetzten blauen Hakens um einen verifizierten Account handelt, der Instagram nur Personen mit einer bestimmten öffentlichen Bekanntheit zugesteht. Den Durchschnittsadressaten ihres Instagram-Accounts ist bewusst, dass die Präsentationen von Produkten, Marken oder Dienstleistungen kommerzielle Hintergründe haben, sei es aufgrund von Kooperationen mit einzelnen Unternehmen oder aufgrund anderweitiger, klar kommerziell geprägter Hintergründe. Die Durchschnittsadressaten sind sich also grundsätzlich bewusst, dass die Präsentation der in der Beschwerde erwähnten Marken einen kommerziellen Zweck verfolgt.
- 7 Der Charakter des Instagram-Accounts der Beschwerdegegnerin ist eindeutig ein kommerzieller. Soweit die Beschwerdegegnerin argumentiert, sie habe für die Präsentation der Produkte und die Erwähnung der Marken keine Gegenleistung erhalten, so ist dies insofern irrelevant, als diese Präsentation aufgrund der Influencertätigkeit der Beschwerdegegnerin kommerziell geprägt ist. Selbst wenn keine aktuelle Kooperation mit den beiden Marken bestehen sollte, ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Kommunikation eine Werbewirkung bieten will, sei es zum Zwecke der eigenen Imagepflege, sei es um allenfalls in Zukunft mit den beiden Marken kooperieren zu können. Dies gilt insbesondere für Accounts, die wie der Account der Beschwerdegegnerin mit einem blauen Haken versehen sind (vgl. auch LG München I Urteil vom 29.4.2019 Az. 4 HK O 14312/18, «Cathy Hummels», E. 45). Dass es sich beim Post um eine rein persönliche Meinungsäußerung ohne eigene kommerzielle Interessen handeln soll, ist nicht nachvollziehbar.
- 8 Vor diesem Hintergrund handelt es sich beim beanstandeten Post unzweifelhaft um kommerzielle Kommunikation, die sich auch an die Schweizer Follower richtet. Das Vorliegen kommerzieller Kommunikation ist durch die Durchschnittsadressaten aber eindeutig erkennbar. Denn im vorliegenden, grundsätzlich kommerziellen Account der Beschwerdegegnerin werden die Drittmarken im fraglichen Post ohne weitere Kommunikationselemente wie beschreibende Texte etc. genannt resp. dargestellt, die den falschen Eindruck einer rein privaten Meinungsäußerung ohne eigene wirtschaftliche Zwecke erwecken könnten. Aufgrund der eindeutigen Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. B.15 Abs. 1 und 2 bedarf es daher keiner weiteren Kennzeichnung oder Klarstellung der Art der Kommunikation. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.
- 9 Daher hat die Vorinstanz die Beschwerde mit Beschluss vom 16. Oktober 2019 abgewiesen.

**Basierend darauf hält das Plenum das Folgende fest:**

- 1 Die Beschwerdeführerin hat innert Frist am 5. November 2019 Rekurs eingereicht. Sie bestreitet, dass der kommerzielle Charakter des fraglichen Posts für die Durchschnittsadressaten auch ohne Kennzeichnung klar erkennbar gewesen sei. Denn die Beschwerdegegnerin veröffentliche auch unzählige Posts mit rein persönlichen Beiträgen ohne kommerziellen Charakter. Die Beschwerdeführerin verweist auf das Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 24. Oktober 2019 (Az. 6 W 68/19), welches einen analogen Sachverhalt zugrunde gehabt habe und eine Kennzeichnungspflicht festgestellt worden sei. Das Argument des blauen Hakens im angefochtenen Beschluss führe zu widersprüchlichen Entscheidungen. Es sei beispielsweise nicht nachvollziehbar, weshalb im Verfahren Nr. 153/19 trotz eines mit blauem Haken verifizierten Accounts eine Kennzeichnungspflicht bejaht wurde.

- 2 Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Stellungnahme vom 12. November 2019 aus, dass es widersprüchlich wäre, wenn sie bei einem Post mit selber gekauften Gegenständen eine Kennzeichnung wie «ad» aufführen müsste und gar keine Zusammenarbeit mit dem Hersteller dieser Gegenstände bestehe.
- 3 Nach Art. 18 Abs. 1 Ziff. 2 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 (siehe dazu Mischa Senn, SLKE «Superlativwerbung Hotelfachschule» v. 23.11.2016, E.3, sic! 2017, 248). Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.
- 4 Solche Willkürgründe sind im vorinstanzlichen Beschluss nicht erkennbar. Korrekterweise hat die Vorinstanz eine inhaltliche Beurteilung des fraglichen Posts anhand der konkreten Produktdarstellung vorgenommen. Entscheidende Beurteilungsgrundlage der Vorinstanz war die nicht zu beanstandende Erwägung, dass die Produkte im fraglichen Post ohne weitere Kommunikationselemente wie beschreibende Texte etc. genannt resp. dargestellt wurden, die den falschen Eindruck einer rein privaten Meinungsäusserung ohne eigene wirtschaftliche Zwecke erwecken könnten. Daher ist der Rekurs abzuweisen.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.

- c) **N° 207/19**  
(Marketing direct – Non-respect de l'autocollant «Pas de publicité»)

La **Commission Suisse pour la Loyauté**,

**considérant ce qui suit:**

**La procédure de l'instance précédente a donné lieu aux résultats suivants:**

- 1 La partie plaignante fait valoir que, malgré la présence de l'autocollant «Pas de publicité», elle a reçu un prospectus publicitaire d'un détaillant.
- 2 La partie plaignante fait valoir qu'il s'est agi, selon elle, d'un envoi publicitaire directement adressé pour lequel l'autocollant «Pas de publicité» ne déploie aucun effet.
- 3 Pour la communication commerciale adressée, comme c'est le cas en l'occurrence, selon la Règle n° C. 4, al. 2, chiffre 2 de la Commission pour la Loyauté, il faut considérer la publicité commerciale comme agressive et, partant, comme déloyale lorsque la personne contactée a déclaré à l'avance qu'elle ne veut plus recevoir de communication commerciale (p. ex. parce qu'elle s'est inscrite sur la liste Robinson de l'Association Suisse du Marketing Direct (ASMD)).
- 4 La partie plaignante ne fait pas valoir qu'elle s'est inscrite sur la liste Robinson de l'ASMD.
- 5 Pour les raisons précitées, la plainte a été rejetée par décision du 12 novembre 2019.

**Sur la base de ce qui précède, le plénum maintient ce qui suit:**

- 1 La partie plaignante a déposé recours dans les délais impartis le 25 février 2020. Elle fait valoir que la partie défenderesse aurait simplement transformé la publicité, qui était en réalité une publicité non adressée, en une publicité adressée en y collant une étiquette d'adresse. La partie défenderesse qualifie de «ridicule» la solution de la liste Robinson destinée aux envois publicitaires adressés. Selon elle, la présente pratique d'adressage a posteriori ne doit pas être tolérée.
- 2 Dans sa prise de position du 11 mars 2020, la partie défenderesse explique que, dans le présent envoi publicitaire adressé, il s'agit d'une procédure courante lorsqu'il s'agit de faire de la publicité pour les ouvertures de filiales de l'annonceur. Selon elle, il existe un intérêt légitime à communiquer l'existence d'une telle ouverture de filiale au bon destinataire.
- 3 Dès lors qu'il est incontesté qu'il s'agit d'un envoi adressé, et puisqu'il n'existe aucune inscription sur la liste Robinson, le recours doit être rejeté.
- 4 Conformément à l'art. 18, al. 1, chiffre 2 du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté, un recours n'est possible que dans des cas d'arbitraire. Selon la jurisprudence et la pratique dominantes de la Commission Suisse pour la Loyauté, il y a arbitraire quand les attendus de l'instance précédente sont manifestement injustifiables, en contradiction évidente avec la situation réelle, en infraction à une norme ou à une règle de droit incontestables ou encore gravement contraires à la notion d'équité (voir à ce sujet Mischa Senn, décision de la CSL "Publicité avec superlatif pour école hôtelière" du 23.11.2016, E.3 sic! 2017, p. 248). Comme expliqué dans le rapport annuel 2002 (page 8), la possibilité de recours n'a pas été prévue pour forcer la Commission à réexaminer une affaire.
- 5 Puisque de tels motifs d'arbitraire ne sont pas identifiables dans la décision de l'instance précédente, l'appréciation relative au présent envoi publicitaire doit se faire exclusivement en vertu des bases légales et des Règles de la Commission Suisse pour la Loyauté qui en découlent. Il n'est pas contesté qu'un envoi avec adressage a eu lieu, raison pour laquelle il n'y a rien à objecter contre le rejet de la plainte. Il ne ressort pas du dossier que l'adressage, selon la perception subjective de la partie plaignante, aurait eu lieu en commettant un abus de droit et de manière contraire à la bonne foi.

**rend la décision suivante:**

Le recours est rejeté.