Zweite Kammer/Deuxième Chambre/ Seconda Camera 11.5.2016

1. Hängige Verfahren/Procédures en cours/Procedure in corso

a) Nr. 219/15
(Alleinstellungsbehauptung – «Das meistgekaufte Hörgerät der Schweiz»)

2. Verfahren/Procédures/Procedure

a) Plainte des concurrents
N° 220/15
(Publicité comparative – Primes maladies 2016)

b) Konkurrentenbeschwerde
Nr. 115/16
(Beweispflicht – Sachbehauptung zu Mediadaten)

c) Nr. 133/16
(Superlativbehauptung – «Die beliebteste Schokolade der Schweiz»)

d) Nr. 119/16
(Keine Irreführung – Bezeichnung eines Getränks)

e) Nr. 145/16
(Erkennbare Übertreibung / Werben mit Testergebnis – Aussagen zu Deodorant)

f) Nr. 136/16
(Sexismus – Werbespot «Einkaufen wie es dir gefällt»)

g) N° 143/16
(Sexisme – Affiche «Les vins italiens les plus séduisants...»)

h) Nr. 124/16
(Direktmarketing – Werbeanruf trotz Sterneintrag und Aufforderung zur ausschliesslich schriftlichen Kontaktnahme)

i) Nr. 135/16
(Registereintrag – Rechnung als Offerte)

j) N° 122/16
(Marketing direct / spam – Courriels publicitaires non sollicités malgré des demandes du retrait des fichiers)

k) Nr. 134/16
(Direktmarketing – Nicht adressierter Werbebrief im Briefkasten trotz «Wünscht keine Werbung»-Kleber)

3. Sanktionen/Sanctions/Sanzioni

a) Nr. 193/10
(Direktmarketing – Unerwünschte Faxwerbung trotz Abmahnung für WIR-Geld)

1. Hängige Verfahren/Procédures en cours/Procedure in corso

a) Nr. 219/15
(Alleinstellungsbehauptung – «Das meistgekaufte Hörgerät der Schweiz»)

Die **Zweite Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

1 Die Beschwerde richtet sich gegen die Werbebehauptung «Das meistverkaufte Hörgerät der Schweiz». Nach Auffassung der Beschwerdeführerin fehlt der Nachweis der Richtigkeit. Ein solcher sei auch gar nicht möglich, da es an verlässlichen Verkaufszahlen für Hörgeräte fehle.

2 Die Beschwerdegegnerin erläutert in ihrer Stellungnahme den nach ihrer Auffassung korrekte Sinngehalt der beanstandeten Werbeaussage. Aus den vorhandenen Studienzahlen zur Rückerstattung von Hörgeräten durch die AHV/IV lasse sich der Umkehrschluss folgern, dass das Produkt [redacted] das meistverkaufte sei. Die Beschwerdegegnerin ist bereit, in ihrer Werbung klarer zum Ausdruck zu bringen, dass sich die fragliche Alleinstellungsbehauptung auf das Modell [redacted] bezieht.

3 Gemäss Grundsatz Nr. 1.9 der Lauterkeitskommission sowie Art. 13a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) hat der Werbetreibende die Richtigkeit seiner Werbeaussage zu beweisen. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Stellungnahme (insbesondere in den Ziffern 19 und 23) Beweise offeriert, welche die Richtigkeit der beanstandeten Werbebehauptung belegen sollen. Sie hat sich bereit erklärt, diese Beweise offenzulegen, sofern die Geheimhaltung der darin enthaltenen Zahlen gewährleistet ist.

4 Die entscheidende Kammer erachtete diese anerbotenen Beweismittel als zentral, um die Beschwerde abschliessend beurteilen zu können. Die Beschwerdegegnerin wurde daher aufgefordert, dem Sekretariat der Lauterkeitskommission die erwähnten Beweismittel einzureichen. Einblick in diese Beweismittel wird lediglich dem Sekretariat sowie den zuständigen Kammermitgliedern gewährt. Der Inhalt der Beweismittel wird gemäss Beschluss der Ersten Kammer weder den Fachexperten noch der Beschwerdeführerin eröffnet.

5 Die Beschwerdegegnerin machte daraufhin in ihrem Schreiben vom 15. April 2016 Ausführungen zu ihren Verkaufszahlen und erklärte unter Bezugnahme auf die Zahlen, warum die beanstandete Werbeaussage korrekt sei. Die von ihr eingereichten Unterlagen sind keine internen Dokumente, sondern öffentliche Kommunikationen, weshalb diese den Kommissionsmitgliedern sowie der Beschwerdeführerin zu Kenntnis gebracht werden.

6 Nach Einsichtnahme in die drei vorgelegten Dokumente (je ein Print Screen von der Webseite der Radio Television Suisse, Finanz und Wirtschaft sowie jener der Beschwerdeführerin) kommt die entscheidende Kammer zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin damit den Beweis für die Richtigkeit der beanstandeten Werbeaussage nicht erbracht hat. Die Werbeaussage bleibt weiterhin eine blosse Behauptung. Die eingereichten Unterlagen vermögen nichts an der Glaubwürdigkeit dieser Behauptung zu ändern. Trotz ihrer Offerte, interne Beweismittel vorzulegen, welche die konkreten Verkaufszahlen möglicherweise hätten belegen können, ist die Beschwerdegegnerin somit ihrer Beweispflicht nicht nachgekommen.

7 Die trotz ausdrücklicher Aufforderung unbewiesen gebliebene Werbeaussage gilt somit als unwahr und ist daher unlauter. Es kann offen bleiben, ob der Richtigkeitsbeweis in einem allfälligen staatlichen Verfahren erbracht werden könnte. Die Beschwerde ist demnach nach vorliegendem Aktenstand gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig auf die Verwendung der Werbeaussage «das meistgekaufte Hörgerät der Schweiz» zu verzichten.

2. Verfahren/Procédures/Procedure

a) Plainte des concurrents
N° 220/15
(Publicité comparative – Primes maladies 2016)

La **Deuxième Chambre**,

considérant ce qui suit:

1 La partie plaignante fait valoir que la comparaison des primes de caisses-maladie pour l'année 2016 figurant dans un envoi publicitaire postal contrevient aux règles établies par le Tribunal fédéral applicables à une comparaison de prix conforme aux exigences de la loyauté. Selon elle, la partie défenderesse ne ferait pas mention du nom des offres qui sont comparées entre elles. En outre, les offres auxquelles la partie défenderesse fait manifestement référence ne seraient pas comparables entre elles.

2 La partie défenderesse fournit les motifs justifiant pourquoi, à ses yeux, la communication commerciale incriminée ne serait pas déloyale et demande le rejet de la plainte.

3 Conformément à l'art. 3, al. 1, let. e de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), une comparaison est déloyale dans la mesure où elle est, par exemple, inexacte ou fallacieuse. Les offres comparées ne doivent pas être identiques, mais doivent être pour le moins comparables (Règle n° 3.5, chiffre 1 de la Commission Suisse pour la Loyauté, voir aussi ATF 132 III 414).

4 De l'avis de la Chambre de la Commission Suisse pour la Loyauté, il n'y a pas lieu d'incriminer le présent moyen publicitaire qui s'adresse directement aux destinataires conformément à ces conditions préalables. Pour le destinataire moyen raisonnablement avisé, la comparaison de primes incluse dans ce moyen publicitaire est suffisamment claire et compréhensible dès lors qu'elle repose sur les primes d'assurance de base selon l'aperçu des primes de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), en tenant compte du canton de domicile et de la franchise des destinataires ainsi que de l'éventuelle couverture d'assurance existante pour les risques d'accident, accompagnée de l'indication appropriée selon laquelle le comparatif de modèles d'assurance comparables n'est pas exhaustif.

5 L'aperçu des primes de l'OFSP montre qu'en principe, les indications sur les primes figurant dans ce moyen publicitaire ont un caractère comparable. En outre, le destinataire moyen est conscient du fait que lors d'une comparaison entre des modèles de caisses-maladie, il doit faire preuve d'une plus grande attention que lors d'une comparaison entre des offres de prestations de services de la vie courante. Le destinataire moyen devrait aussi avoir conscience du fait que dans ces domaines d'assurance, il existe différents modèles d'assurance tels que «Modèle Alternatif», etc. Dans la mesure où la partie défenderesse garantit, comme elle s'y engage, que les différents modèles d'assurance sont précisés chaque fois dans les comparaisons individuelles lorsqu'il s'agit d'offres différentes, et si elle fait figurer chaque fois le produit concurrent «le plus évident», il n'y a lieu de formuler aucune objection contre la comparaison.

rend la décision suivante:

La plainte est rejetée.

b) Konkurrentenbeschwerde
Nr. 115/16
(Beweispflicht – Sachbehauptung zu Mediadaten)

Die **Zweite Kammer**,

in Erwägung:

1 Die Beschwerdeführerin macht zusammenfassend geltend, dass die Beschwerdegegnerin auf ihrer eigenen Website, auf der Website der Zeitschrift «[redacted]» sowie auf telefonische Anfrage hin unkorrekte Angaben zu den Mediadaten (insbesondere Leserfaktor, Reichweite und verkaufte Exemplare an Kiosken) kommuniziere.

2 In ihrer Stellungnahme führt die Beschwerdegegnerin aus, die Vorbringen der Beschwerdeführerin würden auf blossen Mutmassungen basieren und seien unbewiesene und unberechtigte Behauptungen. Sie argumentiert, dass der Leserfaktor korrekt sei, die Reichweite auf der eigenen Website zwar fehlerhaft angegeben, mittlerweile aber berichtigt worden sei, und dass die (mündlich gemachten) Aussagen zu den verkauften Exemplaren vom Vertreter der Beschwerdeführerin falsch wahrgenommen oder interpretiert worden seien.

3 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) müssen Angaben über die eigenen Angebote richtig sein. Der Werbetreibende ist zudem verpflichtet, die Richtigkeit seiner Angaben nachweisen zu können (Art. 13a UWG; Grundsatz Nr. 1.9 der Lauterkeitskommission). In diesem Sinne ist gemäss Grundsatz Nr. 5.5 Ziff. 1 lit. a der Lauterkeitskommission unter dem Begriff «Auflage» die von der WEMF AG beglaubigte Auflage zu kommunizieren. Die Werbung mit Daten der Werbeforschung hat sich möglichst auf die aktuellen und offiziellen Zahlen der Medienforschung zu beziehen (Grundsatz Nr. 5.5 Ziff. 2 der SLK).

4 Für die vorliegende Publikation «[redacted]» wurde offenbar keine ordentliche Beglaubigung vorgenommen. Es liegen somit keine offiziellen Zahlen der Medienforschung vor. Das entbindet die Beschwerdegegnerin aber nicht von der obgenannten Beweispflicht zur Richtigkeit ihrer Angaben. In ihrer Stellungnahme zur Beschwerde scheint die Beschwerdegegnerin davon auszugehen, dass es der Beschwerdeführerin obliegt, den Nachweis der Unrichtigkeit zu erbringen. Der Stellungnahme sind keine objektiven Beweismittel aus dritter Hand zur Richtigkeit der beanstandeten Zahlen betreffend Leserfaktor, Reichweite und verkaufter Exemplare an den Kiosken beigelegt. Darüber hinaus können aus den Zahlen zur Druckauflage auch keine Rückschlüsse zu Leserzahlen und Reichweite gezogen werden. Aus der Medienforschung zeigt sich, dass hier keine einheitlichen Faktoren oder Ähnliches bestehen und diese Zahlen nur durch die Anwendung der Mittel der Medienforschung im Einzelfall eruiert werden können. Soweit Sachbehauptungen nicht nachgewiesen werden können, ist auf die Werbung mit solchen Sachbehauptungen zu verzichten. Ein Mittel zum Nachweis wäre insbesondere, sich einer WEMF-Beglaubigung zu unterziehen.

5 Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen.

beschliesst:

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig auf folgende Sachbehauptungen zur Publikation «[redacted]» zu verzichten:

- Der Leserfaktor beträgt 2.6 Leser pro Exemplar.
- Die Reichweite beträgt 145'000 Personen.
- Es werden 2'500 – 3'000 Exemplare an den Kiosken verkauft.

c) **Nr. 133/16**
(Superlativbehauptung – «Die beliebteste Schokolade der Schweiz»)

Die **Zweite Kammer**,

in Erwägung:

1 Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist die beanstandete Werbeaussage «Die beliebteste Schokolade der Schweiz» unlauter. Nach seiner Mutmassung stelle die Beschwerdegegnerin auf den Umstand ab, dass es sich um die meistverkaufte Schokolade in der Schweiz handle. Aus den Verkaufszahlen könne jedoch nicht automatisch geschlossen werden, dass die Mehrheit der Konsumentenschaft ihren Kaufentscheid zugunsten der Schokolade der Beschwerdegegnerin fälle, weil sie diese gegenüber allen anderen in der Schweiz angebotenen Schokoladeprodukten bevorzugen würde. Es sei denkbar, dass gewisse Käufer aus Gründen des Preises oder der Praktikabilität eher zu dieser als zu anderen Schokoladen greifen würden. Er würde die Formulierung «meistverkaufte Schokolade der Schweiz» hingegen als korrekt erachten.

2 Die Beschwerdegegnerin erläutert in ihrer Stellungnahme die nach ihrer Auffassung zulässige Verwendung des Superlativs «beliebteste» im beanstandeten Slogan. Sie beruft sich dabei unter anderem auf die Wortbedeutung gemäss Duden und interpretiert den Superlativ «die beliebteste» als «die meistgeschätzte» oder «die populärste», was keine objektiv messbare und damit keine zu beweisbare Sachbehauptung sei. Soweit eine Sachbehauptung bejaht werde, wäre das einzig die messbare Grösse des Marktanteiles. Diesbezüglich sei die Aussage korrekt.

3 Durch einen Superlativ vergleicht sich ein Werbetreibender mit dem Angebot der gesamten Konkurrenz. Er unterliegt demnach den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. e des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), wonach vergleichende Werbeaussagen unter anderem nicht unrichtig oder irreführend sein dürfen (siehe auch BGE 132 III 414 E.4.2.2). Dies wird auch im Grundsatz Nr. 3.5 der Lauterkeitskommission festgehalten (vgl. dazu die Entscheide «Bester Empfang. Höchste Tonqualität» vom 9.2.2002 [sic! 2002, 393] und «Kein annähernd gleich gutes Preis-Leistungsverhältnis» vom 25.3.2003 [sic! 2003, 559]).

4 Diese Voraussetzung der Richtigkeit wird am Verständnis der angesprochenen Durchschnittsadressaten gemessen (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission). Wie die Durchschnittsadressaten eine Werbebotschaft verstehen, ist durch das Gericht im Rahmen der richterlichen Rechtsfindung als Rechtsfrage zu beurteilen und soll auf der allgemeinen Lebenserfahrung unter Einbezug der Umstände im Einzelfall basieren (BGE 132 III 414 E.2.3.2). In analoger Weise hat auch die Lauterkeitskommission das Verständnis der Durchschnittsadressaten zu beurteilen (vgl. M. Senn, Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbereich, sic! 2008, 590).

5 Es ist mit der Beschwerdegegnerin von der zweifachen Bedeutung des Wortes «beliebt» auszugehen, wonach dieser Begriff gemäss Duden zum Einen «allgemein geschätzt» und zum Anderen «häufig verwendet» bedeuten kann, ihm somit gleichermassen ein qualitativer und quantitativer Aspekt zukommt. Die Beschwerdegegnerin verwendet «beliebteste» in quantitativer Hinsicht, was nach dem Wortsinn zulässig ist.

6 Der Superlativ «beliebteste» im Zusammenhang mit dem Alltagsprodukt Schokolade hat nur insofern einen zu beweisenden Sinngehalt, als damit beim Durchschnittsadressaten die Erwartung geweckt wird, dass das fragliche Produkt die meistverkaufte Schokolade ist. Entsprechend hat die Lauterkeitskommission auch die Aussage «Nr. 1» im Zusammenhang mit Mineralwasser als beweispflichtige Sachbehauptung betr. quantitative Marktführerschaft beurteilt (Entscheid des Plenums Nr. 150/07 vom 31.10.2007). Darüber hinaus kann die Bezeichnung «beliebteste Schokolade» auch als Hinweis auf den Geschmack verstanden werden. Diesbezüglich liegt aber keine beweispflichtige Sachbehauptung vor, da der Geschmack von Schokolade eine subjektive Wahrnehmung ist.

7 Der Beschwerdeführer anerkennt in seiner Beschwerde, dass die beworbenen Schokoladeprodukte der Beschwerdegegnerin die meistverkauften in der Schweiz sind. Die Richtigkeit dieses Sachverhaltes ist damit nicht bestritten, womit die Beschwerde abzuweisen ist.

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

Die Beschwerde wird abgewiesen.

d) Nr. 119/16
(Keine Irreführung – Bezeichnung eines Getränks)

Die **Zweite Kammer**,

in Erwägung:

1 Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Beschriftung des Produkts und die Abbildung auf demselben sowie die Werbevideos auf Youtube suggerierten, das Getränk enthalte (eine grosse Menge) Pfirsich. Tatsächlich enthalte das Produkt lediglich «natürliche Aromen», ohne ausdrückliche Angabe von Pfirsich als Inhaltsstoff. Die Beschwerdegegnerin verstosse dadurch gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b und i des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Sie macht geltend, dass die Gestaltung des Produkts und dessen Bewerbung nicht irreführend sei und den gesetzlichen Anforderungen entspreche.

3 Die Bewerbung eines Produktes hat neben lebensmittelrechtlichen Vorgaben auch den Grundsätzen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu entsprechen. Damit dürfen beispielsweise über die eigenen Waren keine unrichtigen oder irreführenden Angaben gemacht werden (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG). Ob eine solche unlautere Irreführung stattfindet, beurteilt sich im Gesamteindruck eines Werbemittels nach dem Verständnis der angesprochenen Durchschnittsadressaten (siehe z.B. Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission).

4 Nach Auffassung der Kammer ist vorliegend kein Verstoss gegen diese Regeln der Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation festzustellen. Der Hinweis «mit natürlichen Aromen» auf der Etikette bzw. «mit dem erfrischenden Geschmack von Pfirsich» im TV-Spot, kombiniert mit der schemenhaften Abbildung eines Pfirsichs auf der Etikette bzw. eines überdimensional grossen Pfirsichs im TV-Spot, lässt den Durchschnittsadressaten nicht erwarten, beim beworbenen Produkt handle es sich um ein Pfirsichgetränk bzw. ein Getränk aus Pfirsichen. Die prominent verwendeten Begriffe «Aroma» und «Geschmack» weisen klar darauf hin, dass das Getränk lediglich einen entsprechenden Geschmacksstoff enthält. Der Pfirsich wird durch die Abbildung auf der Getränkeetikette und die Darstellung im Werbespot zwar in den Mittelpunkt gesetzt, und es wird beim Adressaten auch eine Erwartung ausgelöst, welche aber jedoch durch die gleichzeitige Nennung von «natürlichen Aromen» bzw. «Geschmack von Pfirsich» relativiert bzw. aufgehoben wird. Somit erwartet der Durchschnittsadressat aufgrund des Gesamteindrucks nicht, dass das Getränk tatsächlich natürlichen Pfirsichsaft oder Pfirsichkonzentrat enthält.

5 Der im Tätigkeitsbericht 2015 und durch die Beschwerdeführerschaft ebenfalls erwähnte Fall «Apfel Drink aus Kiwisaft» (Entscheid der Ersten Kammer vom 16. September 2015, Nr. 163/15) ist mit dem Vorliegenden nicht direkt vergleichbar. Es ist ein Unterschied, ob ein allgemein bekanntes Getränk wie [redacted], dessen Hauptinhaltsstoffe allgemein bekannt sind, mit neuen Aromen bzw. Geschmacksrichtungen wirbt, oder ob ein neues Getränk unter der Bezeichnung «Apfel Drink» oder «Apple Original» beworben wird. Während der Durchschnittsadressat im ersten Fall aus «Aroma» oder «Geschmack» nicht einen (Haupt-)Inhaltsstoff ableitet, erwartet er im zweiten Fall, dass das Getränk aus der entsprechenden Frucht hergestellt wird.

6 Aus diesen Gründen erachtet die Kammer die beanstandeten Werbemittel als weder täuschend noch irreführend. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

beschliesst:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

e) Nr. 145/16
(Erkennbare Übertreibung / Werben mit Testergebnis – Aussagen zu Deodorant)

Die **Zweite Kammer**,

in Erwägung:

1 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist es unlauter, mit einem Testergebnis aus dem Jahre 2011 zu werben. Seit 2011 habe es viele neue Deos gegeben und die Vergleichsbasis stimme damit nicht mehr. Darüber hinaus beanstandet die Beschwerdeführerin die Werbeaussage «stoppt das Schwitzen». Nach ihrer Auffassung kann ein Deodorant das Schwitzen nicht stoppen, sondern nur reduzieren.

2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass die Testresultate weiterhin aktuell seien. Sie stünde zudem mit dem Kassensturz in Kontakt, um abzuklären, ob die Testsiegeraussage noch immer aktuell und richtig sei. Betreffend die Aussage «stoppt das Schwitzen» macht sie geltend, es handle sich dabei um eine offensichtliche, für den Durchschnittskonsumenten erkennbare werberische Übertreibung. Es soll damit nur die Wirkung des Produktes betont werden.

3 Die Bewerbung eines Produktes hat den Grundsätzen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu entsprechen. Damit dürfen beispielsweise über die eigenen Waren keine unrichtigen oder irreführenden Angaben gemacht werden (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG). Ob eine solche unlautere Irreführung oder Täuschung stattfindet, beurteilt sich im Gesamteindruck eines Werbemittels nach dem Verständnis der angesprochenen Durchschnittsadressaten (siehe z.B. Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission).

4 Die Aussage, wonach ein Deodorant «das Schwitzen stoppt», ist für den durchschnittlich verständigen, gebildeten und informierten Adressaten offensichtlich als Übertreibung erkennbar. Der Durchschnittsadressat weiss, dass kein Deodorant das Schwitzen verhindern kann. Die Aussage ist zwar sachlich inkorrekt, aber als – zulässige – marktschreierische Übertreibung zu werten. Der Durchschnittsadressat wird dadurch weder getäuscht noch irregeführt.

5 Dass in der kommerziellen Kommunikation mit dem Testergebnis aus dem Jahre 2011 geworben wird, ist zulässig, solange der Kassensturz als Testveranstalter damit einverstanden ist und das Testergebnis nicht durch einen späteren Test aufgehoben wurde. Es bestehen keine Anzeichen, wonach dies nicht zutreffen würde.

6 Aus diesen Gründen erachtet die Kammer die beanstandeten Werbemittel als lauter. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

beschliesst:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

f) **Nr. 136/16**
(Sexismus – Werbespot «Einkaufen wie es dir gefällt»)

Die **Zweite Kammer**,

in Erwägung:

1 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin werde die Frau im beanstandeten Werbespot der Beschwerdegegnerin einem bestell- und kaufbaren Produkt gleichgesetzt. Darüber hinaus werde suggeriert, die Arbeit von weiblichen Detailhandelsangestellten bestehe darin, ihre Kunden zum Konsum zu verführen anstatt sie mit sachbezogenem Wissen zu beraten. Daher liege geschlechterdiskriminierende Werbung im Sinne von Grundsatz Nr. 3.11 der Lauterkeitskommission vor.

2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Im Werbespot soll das Thema Cross-Channel (Verbindung der Einkaufsformen Online und Filialgeschäft) mittels einer emotionalen Story transportiert werden. Die «Lovestory» würde auch in umgekehrter Besetzung der Protagonisten funktionieren. Für den Zuschauer sei zudem klar, dass nur das Produkt bestellt werden könne, welches im Anschluss an die Filmsequenz angeboten werde.

3 Für die Beurteilung einer kommerzieller Kommunikation ist das Verständnis der angesprochenen Durchschnittsadressaten nach dem Gesamteindruck massgebend (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission). Diese erkennen nach Ansicht der entscheidenden Kammer weder eine Gleichsetzung der Frau mit einem käuflichen Produkt noch eine Diskriminierung von weiblichen Detailhandelsangestellten in der beanstanden Werbung.

4 Vorliegend wird ein Online-Einkauf eines Elektronikprodukts mit anschliessender Heimlieferung desselben mit einer für die Durchschnittsadressaten klar erkennbar überzeichneten Geschichte eines verliebten jungen Mannes dargestellt. Es ist offensichtlich, dass ein Zusammenhang zwischen Onlinekauf, Heimlieferung und der Detailhandelsangestellten lediglich in der Form besteht, dass sich der junge Mann eine Heimlieferung durch die Angestellte als Botin erhofft. Der Auffassung der Beschwerdeführerin, die Detailhandelsangestellte sei das nach Hause zu liefernde Objekt, kann nicht gefolgt werden. Auch kann aufgrund der expliziten Überzeichnung der dem Spot zugrundeliegenden Geschichte keine Entwürdigung oder Herabsetzung von weiblichen Detailhandelsangestellten festgestellt werden. Über den Geschmack der vorliegenden kommerziellen Kommunikation hat die Lauterkeitskommission nicht zu befinden.

5 Da damit die Voraussetzungen der Verletzung des Grundsatzes Nr. 3.11 der Lauterkeitskommission nicht erfüllt sind, ist die Beschwerde abzuweisen.

beschliesst:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

g) N° 143/16
(Sexisme – Affiche «Les vins italiens les plus séduisants…»)

La **Deuxième Chambre**,

considérant ce qui suit:

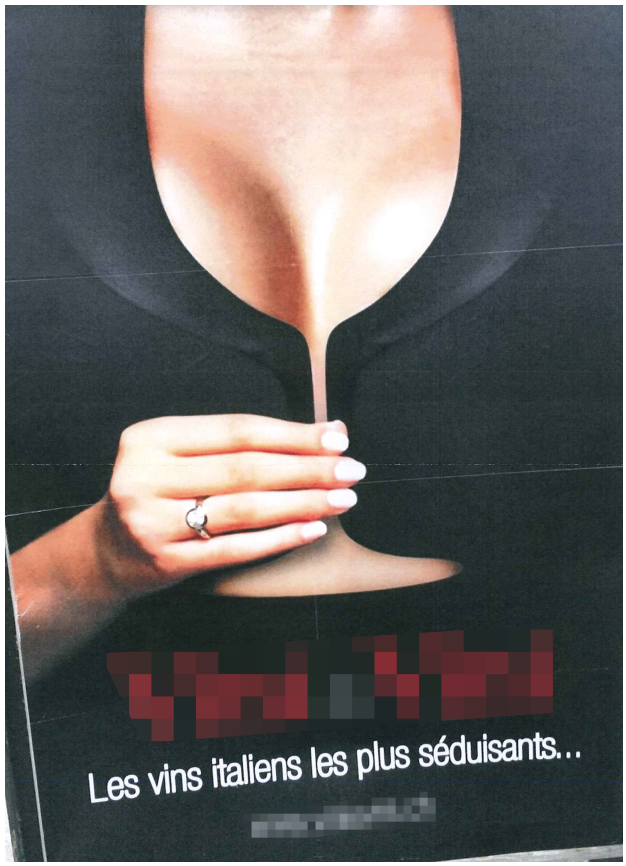
1 La partie plaignante considère comme sexiste la reproduction d'une partie du corps d'une femme (décolleté) afin de faire de la publicité pour des vins. En outre, elle considère comme problématique le fait que le décolleté ait la forme d'un verre d'un vin. Selon elle, le corps de la femme servirait uniquement d'aguiche au sens de la Règle n° 3.11 de la Commission Suisse pour la Loyauté.

2 La partie défenderesse fait valoir que c'est avec grand étonnement qu'elle a pris connaissance de la plainte, et elle demande son rejet. Il s'agirait uniquement de faire une analogie entre l'effet de séduction d'une femme et la séduction des vins vantés dans la publicité, ce qui ne serait pas discriminatoire.

3 Dans le présent sujet d'une entreprise de commerce de vins, le décolleté d'une femme dont la tête n'est pas visible est représenté en tant que coupe d'un verre de vin. Au-dessous de l'illustration figure le texte publicitaire suivant: «Les vins italiens les plus séduisants…». De l'avis de la Chambre, le décolleté sert exclusivement d'aguiche pour l'annonce publicitaire de la partie défenderesse en tant qu'entreprise de négoce en vins. En outre, il n'existe pas de lien naturel entre la reproduction du décolleté féminin et le contenu vanté dans la publicité. Dans le cas d'espèce, la femme est présentée comme un simple objet, ce qui contrevient également à la Règle n° 3.11. Par conséquent, il y a lieu d'approuver la plainte.

rend la décision suivante:

Il est recommandé à la partie défenderesse de renoncer, à l'avenir, à utiliser le présent sujet dans sa publicité.



h) **Nr. 124/16**
(Direktmarketing – Werbeanruf trotz Sterneintrag und Aufforderung zur ausschliesslich schriftlichen Kontaktnahme)

Die **Zweite Kammer**,

in Erwägung:

1 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe trotz vorgängiger klarer Instruktion an die Beschwerdeführerin, nur schriftlich kontaktiert zu werden, einen Werbeanruf auf seine mit Stern versehene Telefonnummer erhalten.

2 Die Beschwerdegegnerin erläutert, dass es sich um einen Fehler gehandelt habe, für den sie sich beim Beschwerdeführer bereits entschuldigt habe. Da es sich nur um einen einzigen Telefonanruf gehandelt habe, könne aber nicht von Telefonterror gesprochen werden.

3 Wer Verkaufsmethoden im Fernabsatz unter Zuhilfenahme des Telefons anwendet, hat den Grundsatz Nr. 4.4 Ziff. 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission sowie Art. 3 Abs. 1 lit. u des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu berücksichtigen. Eine telefonische Kontaktnahme mit einer Person, welche im Voraus unmissverständlich durch einen Sterneintrag im Telefonbuch oder durch eine explizite Erklärung zum Ausdruck gebracht hat, dass sie keine Werbeanrufe wünscht, ist unlauter. Dies hat die Beschwerdegegnerin vorliegend erkannt und sich für den Fehler entschuldigt.

4 Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

beschliesst:

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

i) **Nr. 135/16**
(Registereintrag – Rechnung als Offerte)

Die **Zweite Kammer**,

in Erwägung:

1 Der Beschwerdeführer erachtet das Formular der Beschwerdegegnerin zum Eintrag in ein Register «Zentral-Register-Handel der schweizerischen Wirtschaft», welches nach Eintrag der Kollektivgesellschaft des Beschwerdeführers im Handelsregister zugestellt wurde, als Täuschungsversuch.

2 Der Beschwerdegegner macht geltend, dass klar ersichtlich sei, dass es sich vorliegend um einen reinen Antrag zur Eintragung und keine Rechnung handle. Seit Mitte Februar sei der Geschäftsauftritt farblich weiter neu umgestaltet worden, um Verwechslungen mit amtlichen Dokumenten zu verhindern. Als Beleg hat der Beschwerdegegner seiner Stellungnahme die neue Gestaltung der Registerauszüge beigelegt.

3 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. q UWG (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) handelt unlauter, wer für Eintragungen in Verzeichnisse jeglicher Art oder für Anzeigenaufträge Rechnungen verschickt, ohne vorgängig einen entsprechenden Auftrag erhalten zu haben. Verstösse gegen diese Bestimmung können zivil- und strafrechtlich verfolgt werden. Das Gesetz sieht zum Beispiel bei vorsätzlichem Handeln eine Bestrafung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor (Art. 23 UWG).

4 Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführerschaft eine als Rechnung aufgemachte Offerte für die Eintragung in ein «Zentral-Register-Handel der schweizerischen Wirtschaft» zugestellt, ohne dass ein entsprechender Auftrag dafür erteilt wurde. Die Beschwerdegegnerschaft macht auch nicht geltend, dass sie einen Auftrag erhalten hat.

5 Die Beschwerdegegnerschaft führt aus, dass es sich beim inkriminierten Dokument um keine Rechnung handle, sondern lediglich um ein Offertformular. Dem ist zu widersprechen, da das Dokument sämtliche Angaben umfasst, welche es zu einer Rechnung im kaufmännischen und gesetzlichen Sinne macht: Neben einer Kombination der beschriebenen Leistungen, des Rechnungsbetrages (deklariert als Totalbetrag inklusive Mehrwertsteuer, wobei die Mehrwertsteuer bereits separat aufgeschlüsselt ist) und einem vollständig ausgefüllten Einzahlungsschein, sind Unternehmensidentifikationsnummer, Bankverbindung, IBAN-Nummer, eine angebliche Auftragsnummer etc. ebenfalls angegeben. Derartige Angaben, welche für die Buchhaltung erforderlich sind, sind bei einer Offerte, welche den Inhalt der Leistung und die Gegenleistung definieren soll, nicht erforderlich. Damit kann festgehalten werden, dass es beim vorliegenden Dokument um eine Rechnung im Sinne der zitierten UWG-Bestimmung handelt.

6 Aus diesen Gründen ist die Beschwerde wegen Verstosses gegen Art. 3 Abs. 1 lit. q UWG gutzuheissen. Es kann offen bleiben, ob im vorliegenden Fall auch die Voraussetzungen für eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. p UWG erfüllt sind.

beschliesst:

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig auf die Versendung der vorliegend beanstandeten Formulare zu verzichten.

j) **N° 122/16**
(Marketing direct / spam – Courriels publicitaires non sollicités malgré des demandes du retrait des fichiers)

La **Deuxième Chambre**,

c o n s i d é r a n t c e q u i s u i t :

1 La partie plaignante fait valoir que, malgré sa demande de retrait des fichiers, elle continue à recevoir des courriels publicitaires non sollicités de la part de la partie défenderesse. Même lorsque la partie recourante a exigé l'effacement des données, la partie défenderesse n'a pas réagi.

2 La partie défenderesse fait valoir qu'elle ne fait qu'offrir un service de cloud destiné à l'envoi de publipostages (mailings). Selon elle, les contenus publicitaires et les adresses courriel ont été définis par ses clients, et ce sont ses clients qui les ont envoyés. Mais il serait stipulé clairement dans ses Conditions Générales que l'envoi à l'attention d'adresses courriel est illicite sans consentement préalable. Dès lors, selon la partie défenderesse, la plainte doit être dirigée contre la société basée en France qui a fait de la publicité pour ses services de traduction.

3 Aux termes de l'art. 3, al. 1, let. o de la Loi fédérale cotre la concurrence déloyale (LCD), agit de façon déloyale celui qui envoie ou fait envoyer, par voie de télécommunication, de la publicité de masse n'ayant aucun lien direct avec une information demandée et omet de requérir préalablement le consentement des clients, de mentionner correctement l'émetteur ou de les informer de leur droit à s'y opposer gratuitement et facilement. Il y a déloyauté dans la publicité si, conformément à ce qui précède, l'une de ces exigences légales n'est pas remplie (p. ex. le fait de se procurer le consentement préalable des clients).

4 La partie défenderesse, malgré l'injonction dans ce sens de la partie plaignante, n'a manifestement pris aucune mesure afin d'empêcher l'envoi de courriels publicitaires supplémentaires non sollicités par l'expéditeur concerné, resp. par le client de la partie défenderesse. Partant, elle a contribué de manière fautive au fait que la partie plaignante a continué d'être importunée. L'art. 3, al. 1, let. o LCD s'applique à l'envoi de publicité de masse, indépendamment de la question de savoir qui est l'auteur du contenu. Puisqu'elle a toléré que l'on continue de procéder à cet envoi non autorisé, de l'avis de la Chambre chargée de rendre sa décision, la partie défenderesse a enfreint l'art. 3, al. 1, let. o LCD.

5 Dans ce contexte, il y a lieu d'approuver la plainte.

r e n d l a d é c i s i o n s u i v a n t e :

Il est recommandé à la partie défenderesse d'intervenir auprès de son client concerné afin d'empêcher l'envoi d'autres courriels publicitaires à la partie plaignante.

k) **Nr. 134/16**
(Direktmarketing – Nicht adressierter Werbebrief im Briefkasten trotz «Wünscht keine Werbung»-Kleber)

Die **Zweite Kammer**,

in Erwägung:

1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er trotz «Stopp Werbung»-Kleber unadressierte Werbung von der Beschwerdegegnerin erhalten habe.

2 In einer nach Fristablauf eingegangenen Stellungnahme macht der Beschwerdegegner geltend, dass er eine professionelle Firma mit dem Versand beauftragt habe, weshalb er zum Vorwurf nicht weiter Stellung nehmen könne.

3 Vorliegend ist unbestritten, dass der Werbeflyer des Beschwerdegegners in den Briefkasten des Beschwerdeführers verteilt wurde, obwohl dieser Briefkasten mit einem «Stopp Werbung»-Kleber versehen war.

4 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 sind solche Zustellungen unlauter, da sie als Geschäftsgebaren, das gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst, die Generalklausel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verletzen (Art. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG).

5 Die Verantwortlichkeit für die Lauterkeit in der Werbung liegt beim Werbeauftraggeber. Für Fehler von Dritt- oder Hilfspersonen trägt dieser die lauterkeitsrechtliche Verantwortung, vorliegend also der Beschwerdegegner. Ein Verschulden ist zur Erfüllung von Tatbeständen des UWG nicht notwendig.

6 Da es sich beim vorliegenden Flyer um kommerzielle Kommunikation handelt, verstiess der Beschwerdegegner somit gegen Art. 2 UWG und die Beschwerde ist gutzuheissen.

beschliesst:

Dem Beschwerdegegner wird empfohlen, dem Beschwerdeführer inskünftig keine unadressierte kommerzielle Kommunikation mehr zukommen zu lassen sowie allfällige Dritt- oder Hilfspersonen bei zukünftigen Verteilaktionen über den vorliegenden Punkt zu instruieren.

3. Sanktionen/Sanctions/Sanzioni

a) Nr. 193/10
(Direktmarketing – Unerwünschte Faxwerbung trotz Abmahnung für WIR-Geld)

Die **Zweite Kammer**,

in Erwägung:

1 Mit Beschluss der Zweiten Kammer vom 22. Juni 2010 wurde die Beschwerdegegnerin aufgefordert, keine kommerzielle Kommunikation mehr an die Faxnummer der Beschwerdeführerin zu senden. Mit Eingabe vom 15. März 2016 macht die Beschwerdeführerin nun geltend, sie habe mit gleichem Datum nun wieder einen Werbefax erhalten.

2 Die Beschwerdegegnerin entschuldigt sich für diesen Fehler, der aufgrund einer Softwareanpassung des Fax-Servers entstanden sein könnte. Es sei nun noch einmal geprüft und sichergestellt worden, dass die Koordinaten der Beschwerdeführerin gelöscht seien. Daher beantragt sie die Einstellung des Verfahrens gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission.

3 Unter Berücksichtigung des langen Zeithorizontes zwischen dem ursprünglichen Kammerbeschluss und der aktuellen Beschwerde sowie der glaubhaften Ausführungen der Beschwerdegegnerin, dass der Versand aufgrund einer Softwareanpassung unwillentlich erfolgt sei, ist von der Aussprechung einer Sanktion abzusehen. Die Beschwerdegegnerin wird auf ihre Zusage behaftet, dass die Koordinaten der Beschwerdeführerin gelöscht wurden, und dass eine erneute Zustellung von Faxwerbung an die Nummer der Beschwerdeführerin nun nicht nochmal erfolgen könne.

beschliesst:

Die Beschwerde bzw. das Sanktionsbegehren wird abgewiesen.