

Dritte Kammer/Troisième Chambre/Terza Camera

20.1.2021

1. Verfahren/Procédures/Procedure

- a) Plainte des concurrents
N° 166/20
(Pas de tromperie – Utilisation d'une désignation descriptive)
- b) Nr. 174/20
(Nichteintreten – Bezeichnung «Oat Milk»)
- c) N° 183/20
(Sexisme – Image publicitaire sur un véhicule)
- d) Nr. 161/20
(Spam – Unerwünschte Newsletter für Immobilien trotz Abmeldung)
- e) Nr. 167/20
(Spam – Unerwünschte Newsletter)
- f) Nr. 165/20
(Direktmarketing – Unerwünschter Flyer im Briefkasten trotz «Keine Werbung»-Kleber)
- g) Nr. 169/20
(Spam – Mangelnde Substantiierung)
- h) Nr. 172/20
(Sistierung/Spam – Unerwünschter Newsletter ohne funktionierende Abmeldemöglichkeit)
- i) Nr. 171/20
(Direktmarketing – Zustellung des [REDACTED]-Magazins trotz «Stopp Werbung»-Kleber)
- j) Nr. 179/20
(Spam – unerwünschter Newsletter ohne Zustimmung)
- k) Nr. 175/20
(Spam – Newsletter für Drittparteienangebote)

1. Verfahren/Procédures/Procédure

a) Plainte des concurrents

N° 166/20

(Pas de tromperie – Utilisation d'une désignation descriptive)

La Troisième Chambre,

considérant ce qui suit:

- 1 La partie plaignante fait valoir que la partie défenderesse, dans le cadre d'une annonce Google («Google ad»), se présenterait elle-même en suscitant l'impression trompeuse qu'il s'agirait de la partie plaignante. Selon la partie plaignante, des confusions sont déjà survenues.
- 2 La partie défenderesse explique que, tout comme d'autres prestataires, elle utilise elle aussi la désignation «fleurs» en tant que mot-clé, mais que l'annonce elle-même est à son avis clairement identifiable, et que, selon elle, cette annonce ne comporte pas le moindre risque de confusion.
- 3 Un risque de confusion ne peut exister que dans la mesure où des éléments d'une communication préexistante dotés de force distinctive sont repris de manière substantielle dans la communication commerciale (voir aussi la Règle n° B.5 de la Commission Suisse pour la Loyauté). En l'occurrence, la désignation «Fleurs à l'hôpital du [REDACTED]» figurant dans l'annonce Google de la partie défenderesse est incriminée. Or cette désignation est de nature purement descriptive et attire l'attention sur le fait que la partie défenderesse livre des fleurs «à l'hôpital du [REDACTED]». Selon les pièces du dossier, cette assertion n'est pas incorrecte et n'est pas non plus de nature à justifier l'existence d'un risque de confusion et, de ce fait, déloyal. Aussi faut-il rejeter la plainte.

rend la décision suivante:

La plainte est rejetée.

- b) Nr. 174/20
(Nichteintreten – Bezeichnung «Oat Milk»)

Die Dritte Kammer,

in Erwägung:

- 1 Die Beschwerdeführerin erachtet die Bezeichnung «Oat Milk» für das Produkt «XXXXXXXXXX Good Day Oat Milk (1l und 250ml) als irreführend, da damit suggeriert werde, dass das Produkt keine Kuhmilch enthalte. Es besteht aber zu 50% aus Kuhmilch.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie macht zusammenfassend geltend, dass die Bezeichnung «Oat Milk» in keiner Art und Weise vermittele, dass das fragliche Produkt keinerlei Kuhmilch enthalte. Eine Mischung von Milch und Hafer sei – in verschiedenen Formen – sehr geläufig und beliebt (Birchermüesli, Porridge etc.). Das Produkt richte sich damit an alle Konsumenten, mit Ausnahme derjenigen, die sich ausschliesslich pflanzlich ernähren wollen. Daher wäre die behauptete Irreführung auch nicht «vorteilhafter» im Sinne des Grundsatzes Nr. B.2 Abs. 1 der Lauterkeitskommission. Entsprechend der markenrechtlichen Praxis des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) handle es sich bei der Bezeichnung «Oat Milk» um einen Fantasiebegriff, weshalb eine Irreführungsgefahr per se ausgeschlossen werden könne. Eine Irreführung werde zudem dadurch ausgeschlossen, indem auf der allein im Verkauf befindlichen 1-Liter-Packung in unmittelbarer Nähe zur fraglichen Bezeichnung in unübersehbarer Weise die Angabe «50%» angeführt sei. Für den Durchschnittsadressaten ergebe sich daraus sofort die Erkenntnis, dass das Produkt zu 50% Haferdrink und 50% Milch bestehe.
- 3 Zudem sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, weil die Verpackung neu gestaltet wurde und das Produkt per Ende Jahr neu mit «Oat & Milk» bezeichnet werde und zusätzlich die Angabe «je 50% HAFERDRINK/MILCH» ergänzt werde.
- 4 Gemäss Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission wird eine Beschwerde nicht anhand genommen und damit inhaltlich nicht beurteilt, soweit die beschwerdegegnerische Partei die beanstandete Massnahme einstellt und nicht wieder aufnehmen wird. Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin zugesichert, dass die von der Beschwerdeführerin beanstandete Bezeichnung nicht weiter benutzt wird und die zukünftige Verpackung des Produktes eine neue, klare Bezeichnung aufweist. Aufgrund dieser Zusicherung ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

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

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

- c) N° 183/20
(Sexisme – Image publicitaire sur un véhicule)

La Troisième Chambre,

considérant ce qui suit :

- 1 La partie plaignante considère comme discriminatoires au sens de la Règle n° B.8 de la Commission Suisse pour la Loyauté l'illustration et l'inscription publicitaires apposées sur les véhicules de l'entreprise de la partie défenderesse, un commerce d'installations sanitaires. La représentation visuelle montre une femme en minijupe agenouillée au sol qui procède apparemment à une réparation sanitaire. De l'avis de la partie plaignante, il ne s'agirait pas d'une représentation réelle du service fourni par la partie défenderesse, raison pour laquelle la femme, dont seule la partie inférieure du corps est visible, servirait d'aguiche visant exclusivement à attirer le regard de manière illicite.
- 2 La partie défenderesse demande le rejet de la plainte. Elle fait valoir que le sujet en question ne constitue qu'une partie de diverses illustrations visuelles publicitaires formant une série qui contient le concept général selon lequel «La plomberie est nécessaire à tout le monde». Selon elle, cette série de sujets présente des hommes, des femmes et des enfants. Les représentations visuelles ne seraient aucunement dégradantes. Elle affirme que le but de cette publicité est de montrer de manière humoristique que la partie défenderesse est en mesure d'apporter son aide aux personnes qui ne peuvent résoudre seules un problème sanitaire.
- 3 Conformément à la Règle n° B.8, al. 2, ch. 4 et 5 de la Commission Suisse pour la Loyauté, CSL, est réputée discriminatoire, et par conséquent illicite, une communication commerciale, comme p. ex. une inscription publicitaire apposée sur des véhicules d'une entreprise, lorsqu'il n'existe aucun lien naturel entre la personne incarnant le sexe concerné et le produit vanté, resp. lorsque la personne concernée est représentée dans une fonction purement décorative en tant qu'aguiche visant exclusivement à attirer le regard. Dans le cas d'espèce, l'image montre certes une femme se trouvant dans une situation potentiellement réelle où elle réparerait un défaut consécutif à une fuite d'eau d'un lavabo. Toutefois, à la différence des personnes figurant dans les autres sujets publicitaires similaires de la série déposée par la partie défenderesse, cette femme est représentée dans une illustration qui, de manière intentionnellement frappante, est structurée en tant qu'aguiche visant exclusivement à attirer le regard. Ainsi, seuls sont placés au premier plan la partie inférieure du corps de la femme habillée d'une étroite mini-jupe, avec ses jambes dénudées ainsi que de hauts talons. Dès lors, la force de l'image s'épuise entièrement dans une aguiche qu'il y a lieu d'incriminer selon la Règle n° B.8, al. 2, ch. 5 de la CSL, et la plainte doit être approuvée.

rend la décision suivante :

Il est recommandé à la partie défenderesse de ne plus continuer d'utiliser le sujet incriminé dans sa communication commerciale.



- d) **Nr. 161/20**
(Spam – Unerwünschte Newsletter für Immobilien trotz Abmeldung)

Die **Dritte Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er wiederholt und trotz fehlender Zustimmung E-Mail-Werbung von der Beschwerdegegnerin erhalte, welche nicht den Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 lit. o des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, entspreche.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beruft sich auf eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Thurgau in gleicher Sache und betrachtet die Sache daher als erledigt.
- 3 Einleitend ist festzuhalten, dass die Lauterkeitskommission ihr unterbreitete Massnahmen der kommerziellen Kommunikation unabhängig und frei beurteilt. Insbesondere kann die Lauterkeitskommission eine Sache frei beurteilen, welche zuvor Gegenstand eines Strafverfahrens war, das ohne materiellen Entscheid abgeschlossen wurde. Die von der Beschwerdegegnerin vorgelegte Nichtanhandnahmeverfügung hindert die Lauterkeitskommission daher nicht, auf die Beschwerde einzutreten und die Angelegenheit materiell zu beurteilen. Zudem ist anzumerken, dass sich diese strafrechtliche Verfügung nur auf die erste E-Mail der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer bezog.
- 4 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG handelt unlauter, wer Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen; wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen sendet (vgl. auch Grundsatz Nr. C.4 Abs. 2 Ziff. 5 und Abs. 3 der Lauterkeitskommission).
- 5 Bei den vorgelegten E-Mails handelt es sich offensichtlich um Massenwerbung bzw. es ist offensichtlich, dass sich die E-Mails nicht nur an den Beschwerdeführer oder einzelne wenige Empfänger richteten. Es ist nicht ersichtlich, und die Beschwerdegegnerin bringt auch nicht vor, dass der Beschwerdeführer der einzige Empfänger der Sendungen ist. Es wird auch inhaltlich in keiner Weise auf den Beschwerdegegner Bezug genommen. Zudem lautet die Empfängeransprache (soweit überhaupt eine erfolgt) «Sehr geehrte Damen und Herren». Im Gegensatz zu einem Strafverfahren, in welchem ein unzweifelhafter Nachweis vorliegen muss, genügt im Verfahren vor der Lauterkeitskommission «Glaubhaftmachung» des zu beurteilenden Sachverhalts.
- 6 Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer keine Einwilligung für den Erhalt der von der Beschwerdegegnerin als «Newsletter» bezeichneten Mailings erteilte. Ebenfalls unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer kein Kunde der Beschwerdegegnerin ist. Klar ist auch, dass der Beschwerdeführer weitere «Newsletter» erhielt, nachdem er der Beschwerdegegnerin klar kommuniziert hatte, dass er keine Nachrichten mehr wünsche.
- 7 Weiter ist unbestritten, dass in der ersten E-Mail an den Beschwerdeführer keine problemlose und kostenloste Ablehnungsmöglichkeit bestand.
- 8 Die Beschwerdegegnerin hat demzufolge gegen Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG verstossen und die Beschwerde ist gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, dem Beschwerdeführer inskünftig keine Newsletter mehr zu senden und in ihren Newslettern stets eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit anzubieten.

e) **Nr. 167/20**
(Spam – Unerwünschte Newsletter)

Die **Dritte Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er wiederholt und trotz Abmeldung E-Mail-Werbung von der Beschwerdegegnerin erhalte, welche nicht den Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 lit. o des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, entspreche.
- 2 Die Beschwerdegegnerin hat keine Stellungnahme eingereicht.
- 3 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG handelt unlauter, wer Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen; wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen sendet (vgl. auch Grundsatz Nr. C.4 Abs. 2 Ziff. 5 und Abs. 3 der Lauterkeitskommission).
- 4 Bei der beanstandeten E-Mail handelt es sich offensichtlich um eine Massenwerbung. Die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach weder eine Einwilligung erteilt wurde noch eine Kundenbeziehung bestehe, sind glaubhaft. Die Beschwerdegegnerin hat dagegen keine Einwände erhoben.
- 5 Die Beschwerdegegnerin hat demzufolge gegen Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG verstossen. Sie wird darauf aufmerksam gemacht, dass Verstösse gegen diese Bestimmung zivil- und strafrechtlich verfolgt werden können. Das Gesetz sieht bei vorsätzlichem Handeln zum Beispiel eine Bestrafung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor (Art. 23 UWG).

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, dem Beschwerdeführer inskünftig keine E-Mail-Werbung mehr zu senden.

- f) **Nr. 165/20**
(Direktmarketing – Unerwünschter Flyer im Briefkasten trotz «Keine Werbung»-Kleber)

Die **Dritte Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Trotz «Stopp Werbung»-Kleber am Briefkasten hat der Beschwerdeführer einen Werbeflyer der Beschwerdegegnerin erhalten.
- 2 Die Beschwerdegegnerin hat keine Stellungnahme eingereicht.
- 3 Gemäss Grundsatz Nr. C.4 der Lauterkeitskommission gelten aggressive Werbemethoden als unlauter, so zum Beispiel, wenn in den Briefkasten der kontaktierten Person unadressierte kommerzielle Kommunikation eingeworfen wird, obwohl sie mittels Kleber «Stopp – keine Werbung» oder vergleichbarer Beschriftung am Briefkasten erklärt hat, keine unadressierte kommerzielle Kommunikation erhalten zu wollen (Grundsatz Nr. C.4 Abs. 1 und 2 Ziff. 3 der Lauterkeitskommission). Solche Zustellungen von kommerzieller Kommunikation gegen den klar zum Ausdruck gebrachten Willen des Briefkastenhalters gelten zudem auch gesetzlich als 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). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, dem Beschwerdeführer inskünftig keine unadressierte kommerzielle Kommunikation mehr zukommen zu lassen.

g) Nr. 169/20
(Spam – Mangelnde Substantiierung)

Die **Dritte Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer beanstandet, dass er weiter Werbemails von der Beschwerdegegnerin erhalte, obwohl diese ihm die Löschung seiner Daten bestätigt habe.
- 2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass ihr vom Beschwerdeführer keinerlei Informationen gesendet wurden, welche E-Mail-Adressen ihm zugeordnet werden müssen. Sobald diese Informationen vorliegen, würden die fraglichen E-Mail-Adressen gelöscht.
- 3 Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission darf die Lauterkeitskommission im Sinne des Stiftungszweckes nur Fragen der Lauterkeit kommerzieller Kommunikation beurteilen. Datenschutzrechtliche Fragen zur Erfüllung von Auskunftsbegehren etc. gehören daher nicht in die Zuständigkeit der Lauterkeitskommission. Ob ein E-Mail-Newsletter gemäss den Vorschriften von Art. 3 Abs. 1 lit. o des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) versandt worden ist, kann Gegenstand einer Beschwerde vor der Lauterkeitskommission sein.
- 4 Vorliegend geht aus den Akten aber nicht hervor, welche E-Mail-Adressen durch die Beschwerdegegnerin angeschrieben wurden. Somit bleibt auch unklar, welche konkreten E-Mail-Adressen des Beschwerdeführers allenfalls unzulässigerweise beworben wurden. Aufgrund dieses unklaren Sachverhaltes kann die Beschwerde nicht weiter beurteilt werden und sie ist daher abzuweisen.
- 5 Um der Auseinandersetzung zwischen den Parteien ein Ende setzen zu können, wird dem Beschwerdeführer empfohlen, dass er der Beschwerdegegnerin seine fraglichen E-Mail-Adressen mitteilt und die Beschwerdegegnerin diese E-Mail-Adressen umgehend löscht und aus ihrem Newsletterverteiler entfernt.

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

Die Beschwerde wird abgewiesen.

- h) Nr. 172/20**
(Sistierung/Spam – Unerwünschter Newsletter ohne funktionierende Abmeldemöglichkeit)

Die **Dritte Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er wiederholt und trotz fehlender Zustimmung E-Mail-Werbung von der Beschwerdegegnerin erhalte, welche nicht den Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 lit. o des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb entspreche.
- 2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass sie die E-Mail-Adresse des Beschwerdeführers öffentlich im Internet gefunden habe. Es habe sich um einzelne E-Mails an den Beschwerdeführer gehandelt, weil er aufgrund seiner Tätigkeit im Bereich PC-Support ein Interesse an einer Zusammenarbeit haben könnte. Es sei in der Sache auch ein Strafverfahren hängig, das Urteil stehe noch aus.
- 3 Da in der vorliegenden Sache ein Strafverfahren hängig ist, wird das Verfahren sistiert (Art. 16 Abs. 2 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission), bis ein rechtskräftiger Entscheid der Strafbehörden vorliegt.

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

Das Verfahren wird sistiert, bis ein rechtskräftiger Entscheid der Strafbehörden vorliegt.

- i) **Nr. 171/20**
(Direktmarketing – Zustellung des [REDACTED]-Magazins trotz «Stopp Werbung»-Kleber)

Die Dritte Kammer,

in Erwägung:

- 1 Der Beschwerdeführer beanstandet, dass ihm durch die Beschwerdegegnerin das Magazin «Herzlich willkommen im neuen [REDACTED]» vom Einkaufszentrum [REDACTED] in [REDACTED] trotz «Stopp Werbung»-Kleber zugestellt wurde.
- 2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass es sich um eine «teiladressierte Sendung» gehandelt habe und die Einträge in der Robinsonliste berücksichtigt worden seien. Es habe im Sinne des Entscheides der Lauterkeitskommission im Verfahren Nr. 129/18 auch eine Widerspruchsmöglichkeit bestanden. Da der Beschwerdeführer über einen Eintrag in der Robinsonliste verfüge, hätte ihm das Magazin nicht zugestellt werden dürfen. Leider habe der Zusteller die entsprechende Weisung nicht beachtet. Die Beschwerdegegnerin entschuldigt sich für diesen Fehler.
- 3 Aus dem von der Beschwerdegegnerin zitierten Beschluss im Verfahren Nr. 129/18 geht in Erwägung Ziff. 4 ausdrücklich das Folgende hervor:

«In diesem Sinne ist eine «teiladressierte» Zustellung ohne Namensnennung einer unadressierten Zustellung gleichzusetzen, welche den «Stopp-Werbung»-Kleber oder andersartige individuelle Mitteilungen der Unterlassung zu beachten hat.»

Aufgrund dieser Gleichstellung einer «teiladressierten» Zustellung mit einer vollständig unadressierten Zustellung ist vorliegend die Robinson-Liste für unerwünschte adressierte Kommunikationen nicht relevant.

- 4 Das Einwerfen des vorliegenden Magazins stellte demnach eine unzulässige Missachtung des «Stopp Werbung»-Klebers des Beschwerdeführers und somit ein unlauteres Geschäftsgebaren im Sinne von Art. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) dar. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

beschliesst:

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, dem Beschwerdeführer keine teiladressiert kommerzielle Kommunikation mehr zuzustellen.

j) **Nr. 179/20**
(Spam – unerwünschter Newsletter ohne Zustimmung)

Die **Dritte Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er ohne vorgängige Zustimmung eine E-Mail mit Marketingelementen erhalten habe. Die Behauptung der Beschwerdegegnerin, dass er eine vorgängige Registrierung in einer Datenbank vorgenommen habe, sei falsch.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie führt aus, dass sie sämtliche rechtlichen Vorgaben, die Richtlinien der Werbepaxis und die Vorgaben des SDV-Kodex eingehalten habe. Sie beruft sich dabei auf eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland, gestützt auf Art. 52 des Strafgesetzbuches.
- 3 Einleitend ist festzuhalten, dass die Lauterkeitskommission ihr unterbreitete Massnahmen der kommerziellen Kommunikation unabhängig und frei beurteilt. Insbesondere kann die Lauterkeitskommission eine Sache frei beurteilen, welche zuvor Gegenstand eines Strafverfahrens war, das ohne materiellen Entscheid abgeschlossen wurde. Die von der Beschwerdegegnerin vorgelegte Nichtanhandnahmeverfügung (welche sich notabene auf Art. 52 StGB abstützt und keine Beurteilung zur Rechtmässigkeit des Verhaltens der Beschwerdegegnerin zum Inhalt hat) hindert die Lauterkeitskommission daher nicht, auf die Beschwerde einzutreten und die Angelegenheit materiell zu beurteilen.
- 4 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, handelt unlauter, wer Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen; wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen sendet (vgl. auch Grundsatz Nr. C.4 Abs. 2 Ziff. 5 und Abs. 3 der Lauterkeitskommission, SLK).
- 5 Ob die Voraussetzungen für eine rechtmässige Zustellung erfüllt sind, hat die Beschwerdegegnerin, welche dies behauptet, als Werbende zu beweisen (Grundsatz Nr. A.5 der SLK). Da sie insbesondere weder vorbringt noch beweist, dass eine Einwilligung des Beschwerdeführers für die Zustellung vorlag, oder dass eine bestehende Kundenbeziehung die Zustellung des Newsletters rechtfertigte, sind die diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdeführers als glaubhaft anzusehen.
- 6 Die Beschwerdegegnerin hat demzufolge die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG nicht erfüllt und die Beschwerde ist gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, dem Beschwerdeführer inskünftig keine Newsletter mehr zu senden.

- k) **Nr. 175/20**
(Spam – Newsletter für Drittparteienangebote)

Die **Dritte Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer beanstandet, dass er von der Beschwerdegegnerin am 29. April 2020 eine E-Mail mit Marketingelementen erhalten habe. Es sei zwar eine grundlegende Kundenbeziehung zum Absender vorhanden. Ihm sei aber nicht bewusst, dass er ansatzweise oder konkret eine Zustimmung zum Versand gegeben habe. Die beworbene Plattform habe zudem keinen Zusammenhang zum Kundenverhältnis.
- 2 Die Beschwerdegegnerin bedauert, dass der Beschwerdeführer diese E-Mail erhalten habe. Es habe sich um eine Unterstützungsaktion für durch die Coronakrise schwer getroffene KMUs gehandelt. Aufgrund des Non-Profit-Charakters seien bei dieser spontanen Aktion die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. o des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, wohl nicht vertieft geprüft worden. Im Rahmen des Vertragsabschlusses würden die Versicherungskunden aber standardmässig eine Einwilligung zur Datenbearbeitung für Marketingzwecke abgeben. Für Kunden, die dies nicht wollen, werde im CRM-System ein Werbestopp hinterlegt. Dies sei beim Beschwerdeführer nicht der Fall gewesen.
- 3 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG handelt unlauter, wer Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen; wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen sendet (vgl. auch Grundsatz Nr. C.4 Abs. 2 Ziff. 5 und Abs. 3 der Lauterkeitskommission).
- 4 Vorliegend besteht zwischen den Parteien eine Kundenbeziehung. Die Inhalte der beanstandeten E-Mail bewerben jedoch ein kommerzielles Drittparteienangebot (Förderung des Umsatzes Dritter) sowie ein Gewinnspiel der Beschwerdegegnerin. Direkte Werbung für eigene ähnliche Leistungen (Werbung für Versicherungsleistungen) enthält die E-Mail nicht. Die Kundenbeziehung dient in diesem Fall daher nicht als Rechtfertigung für die Zustellung der Massenwerbung ohne vorgängige Einwilligung.
- 5 Auch die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Einwilligung zur Datenbearbeitung für Marketingzwecke, welche alle ihre Versicherungskunden im Rahmen des Vertragsabschlusses erteilen würden, rechtfertigt die Zustellung der beanstandeten Massenwerbung nicht. Die im vorliegenden Einwilligungstext (sog. Schlusserklärung) formulierten Marketingzwecke umfassen keine Bewerbung von Drittparteienangeboten. Nach Auffassung der Lauterkeitskommission ist zudem das Vorliegen einer Einwilligung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG nur dann zu bejahen, wenn der Kunde ausdrücklich eine spezifische Erklärung abgegeben hat, dass er einem Empfang von Newslettern oder anderen Formen fernmeldetechnisch versandter Massenwerbung zustimmt (Opt-In).
- 6 Die Beschwerdegegnerin hat demzufolge gegen Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG verstossen und die Beschwerde ist gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, dem Beschwerdeführer inskünftig keine E-Mail-Werbung zu senden.