

Plenum/Plénum/Assemblea plenaria 25.4.2018

1. Rekurse/Recours/Ricorsi

- a) Konkurrentenbeschwerde
Nr. 163/17
(Keine Irreführung – Bezeichnung «Originalersatzteile»)
- b) Konkurrentenbeschwerde
Nr. 172/17
(Telekommunikation – Das Netz «auf Glasfaser ausgebaut»)
- c) Nr. 157/17
(Irreführung – Bewerbung des «Blockbuster Pakets» von xxxxxxxx)
- d) Nr. 160/17
(Keine Irreführung – Glückliche Kühe dank Familienanschluss)
- e) N° 169/17
(Pas de tromperie – Action promotionelle pour «xxxxxxx – Six haut-parleurs»)

1. Rekurse/Recours/Ricorsi

a) Konkurrentenbeschwerde

Nr. 163/17

(Keine Irreführung – Bezeichnung «Originalersatzteile»)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

in Erwägung:

Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich das Folgende ergeben:

Sachverhalt / Parteivorbringen

- 1 Die Beschwerdeführerin rügt zusammenfassend, dass die Beschwerdegegnerin die von ihr vertriebenen Autoglasscheiben als «Originalersatzteile» bezeichne. Dies sei unzulässig, weil diese «Originalersatzteile» nicht in die von der Beschwerdeführerin importierten Fahrzeuge eingebaut würden. Der Begriff «Originalersatzteil» würde vom Durchschnittsadressaten dahingehend verstanden, als dass diese Teile auch vom Fahrzeughersteller selbst stammen würden. Da dies nicht zutrefte, liege ein unlauteres Verhalten vor.

Sie bemängelt des Weiteren, dass die Beschwerdegegnerin nicht den gemäss kartellrechtlicher Bestimmungen geforderten Nachweis erbracht hätte.

Die Beschwerdeführerin verlangt einen Beschluss der Lauterkeitskommission auf Unterlassung von entsprechenden Aussagen bzw. Bezeichnungen durch die Beschwerdegegnerin.

- 2 Die Beschwerdegegnerin hält dem im Wesentlichen entgegen, dass sich die «Anzeige bei der SLK» (durch die Beschwerdeführerin) in ein «systematisches Unterfangen der Beschwerdeführerin» einreihe. Insbesondere liege kein Verstoss gegen das Kartellgesetz und die sie konkretisierende KFZ-Bekanntmachung vor. Es liege auch kein täuschendes oder irreführendes Verhalten durch die Beschwerdegegnerin vor, da der Durchschnittskonsument «über den Begriff [Originalersatzteile] informiert» sei.

Die Beschwerdegegnerin hätte in diesem Verfahren auch keinen Nachweis zu erbringen; es seien zudem Geschäftsgeheimnisse, die nicht offengelegt werden müssten.

Entsprechend beantragt die Beschwerdegegnerin Abweisung, soweit auf die Begehren überhaupt eingetreten werde.

Erwägungen

- 1 a Verfahrensrechtlich ist einerseits festzuhalten, dass die SLK nur über unlauteres Verhalten im Rahmen von kommerziellen Kommunikationen befinden kann, was in den Erwägungen festgehalten wird und im Dispositiv gegebenenfalls empfehlungsweise mitgeteilt wird (vgl. dazu MISCHA SENN, Das Verfahren vor der SLK, sic! 1999, 697 [dort insb. Fn.9], 699, m.w.H.). Die SLK ist weder befugt noch imstande, ein in diesem Sinne «Leistungsurteil» zu erlassen, selbst wenn das Rechtsbegehren eine Leistungsklage (hier auf Unterlassung) beinhaltet. Gemäss ständiger Rechtsprechung der SLK werden solche Begehren – selbst im Falle einer anwaltlichen Vertretung – nicht abgewiesen, sondern es wird darauf eingetreten. Da die SLK aufgrund von Art. 17 des Geschäftsreglements [GR] nicht an die Anträge gebunden ist (vgl. SENN, Verfahren, 699), kann sie sich erwägungsweise auf die Feststellung eines unlauteren Verhalten beschränken.
- b Andererseits beschränkt sich die Aufgabe der SLK auf die Beurteilung von unlauteren, kommerziellen Kommunikationen, wie dies in Art. 1 Abs. 3 GR festgehalten ist (vgl. dazu SENN, Verfahren, 697). Über Sachverhalte, welche mittels kartellrechtlicher Tatbestände erfasst werden können, kann die SLK nicht befinden. Selbst wenn das Lauterkeitsrecht das Kartellgesetz [KG] und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG] umfasst und man entsprechende Sachverhalte dem gemeinsamen Begriff des unfairen Verhaltens zuordnen kann (vgl. dazu ALEXANDER BRUNNER, Zur

Praxis der SLK, recht 2001, 1, 9; ferner ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. A., Bern 2008, N.1299), besteht für die SLK mangels sachlicher Zuständigkeit kein Anlass, auf die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen.

- 2 Es bleibt somit einzig zu prüfen, ob die werbliche Anpreisung der Beschwerdegegnerin in Form der Aussage «Originalersatzteile» und insbesondere die mit einem umgebenden Kreis gestaltete Formulierung «[REDACTED] / Originalersatzteile / GVO 461/2010» im lauterkeitsrechtlichen Sinne unzulässig ist.
- 3 Die Aussage richtet sich insbesondere an den Endabnehmer, d.h. die Autobesitzer. Diese Personen sind als die massgebende Zielgruppe anzusehen (vgl. Grundsatz Nr. 1.1.2). Entsprechend ist auf deren Verständnis abzustellen (vgl. dazu MISCHA SENN, Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbereich [der SLK], sic! 2008, 590, 591). Damit ist hinsichtlich der Bezeichnung «Originalersatzteile» für den hier massgebenden Durchschnittsadressaten die gleiche Bedeutung relevant, die dem allgemeinen Verständnis entspricht. Es kann somit auf die Umschreibung im Duden zurückgegriffen werden, wonach eine *Originalpackung* jene Packung ist, welche vom Hersteller eines bestimmten Produktes abgepackt wird (Duden-Bibliothek, Version 6.0.6.1, 2015). In Analogie zu diesem Verständnis ist bei der Bezeichnung «Originalersatzteil» die Verbindung zum Hersteller der ganzen Ware (hier Auto) naheliegend.

Auch wenn Autos heutzutage im Fertigungsverfahren montiert werden und die Bestandteile von unterschiedlichen Lieferanten kommen, gelten jene Teile des Produktes als Originalteile, welche vom Hersteller selbst stammen bzw. originär montiert werden. Das ist bei den Ersatzteilen (Scheiben) der Beschwerdegegnerin indessen nicht der Fall. Der Endkonsument wird damit über einen Sachverhalt «informiert», der nicht zutrifft. Entsprechend liegt eine irreführende und unrichtige Aussage im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG vor, weshalb diese als unlauter anzusehen ist.

- 4 Dementsprechend wird der Beschwerdegegnerin empfohlen, künftig auf solche Aussagen im entsprechenden Kontext zu verzichten. Auf weitere Vorbringen der Beschwerdeführerin ist nicht einzugehen.

Basierend darauf hält das Plenum das Folgende fest:

- 1 a Die Rekurrentin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) hat am 3. Januar 2018 innert Frist Rekurs eingereicht. In der 35-seitigen Rekursschrift wird zum einen die Aufhebung des Entscheides der Zweiten Kammer beantragt. Dazu wird im Wesentlichen geltend gemacht:
 - es liege eine Verletzung des Gebots der Unparteilichkeit aufgrund der Befangenheit und Voreingenommenheit des juristischen Sekretärs vor;
 - die Kammer habe eine unhaltbare Beweiswürdigung aufgrund des Nichtbeachtens von wesentlichen Parteivorbringen der Beschwerdegegnerin vorgenommen;
 - es liege eine sachlich nicht vertretbare Auslegung des Begriffes «Originalersatzteil» vor, da die Begründung nicht auf die wettbewerbsrechtlich relevante Begriffsdefinition, sondern lediglich auf ein «Werk der deutschen Rechtschreibung» abgestellt worden sei;
 - bei der massgeblichen Zielgruppe handle es sich nicht um die Endkonsumenten, vielmehr sei die «primäre Zielgruppe» das Gewerbe (Carrosserien, Garagen und Autoglaser), indem sich die Werbung an diese Weiterverwender der Produkte richte;
 - dementsprechend sei das Ergebnis (Entscheid) nicht nachvollziehbar und damit das «Gebot der Willkürfreiheit offensichtlich verletzt».
- b Die Beschwerdegegnerin beantragt des Weiteren die Abweisung des Antrags 1 der Beschwerde, soweit er im Entscheid der Zweiten Kammer «sinngemäss gutgeheissen worden» sei. Dazu macht sie hauptsächlich geltend:
 - auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da es sich beim vorliegenden Sachverhalt nicht um grundsätzliche Fragen handle;
 - es sei die Beschwerde abzuweisen, da gar keine Verletzung des UWG vorliege.

- c Die Beschwerdegegnerin stellt zusätzlich den prozessualen Antrag, ein Gutachten bei der Wettbewerbskommission einzuholen, welches zu Rechtsfragen (Begriff «Originalersatzteil» und Feststellung des massgeblichen Adressaten der kommerziellen Kommunikation) Auskunft geben solle.
- 2 a Die Rekursgegnerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) beantragt in ihrer 2-seitigen Rekursantwort vom 18. Januar 2018 die Abweisung des Rekurses.
- b Sie führt dabei u.a. aus, dass der Rekurs gemäss Geschäftsreglement der SLK nicht dazu geschaffen sei, eine Wiedererwägung vorzunehmen. Zudem würden neue Tatsachen (Noven) angeführt, was nicht zulässig sei. Darüber hinaus verkenne die Beschwerdegegnerin, dass das Verfahren vor der SLK kein Zivilgerichtsverfahren sei, bei dem vertiefte Sachverhaltsabklärungen, mehrfache Schriftenwechsel und Beweisverfahren vorgenommen werden können.

Materiell gesehen sei der Entscheid der Zweiten Kammer begründet und nachvollziehbar.

- c Der Antrag auf Einholung eines Gutachtens sei abzuweisen, da die Beschwerdegegnerin diesen Antrag im ersten Verfahren hätte einreichen müssen resp. das Gutachten selber hätte erstellen können.
- 3 Gegen Beschlüsse einer Kammer der SLK ist ein Rekurs in Fällen von Willkür zulässig (Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements, GR). Willkür liegt u.a. dann vor, wenn ein Entscheid nicht nur unrichtig, sondern schlechthin unhaltbar ist, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Entscheid eine Norm oder einen klaren Rechtsgrundsatz offensichtlich verletzt oder in stossender Weise den Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 114 Ia 218; 108 III 41). Willkür ist ferner dann gegeben, wenn eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes oder eine aktenwidrige Sachverhaltswürdigung vorliegt (SLKE vom 29. Oktober 1998, E. 1.a [«Centrum / 100% versorgt?»], sic! 1999, 367; M. SENN, Das Verfahren vor der SLK, sic! 1999, 699).
- 4 Hinsichtlich der Auslegung des Begriffes «Originalersatzteil» ging die Vorinstanz davon aus, dass diesem Begriff aus Sicht des massgebenden Durchschnittsadressaten eine analoge Bedeutung zugrunde gelegt werden könne, wie dies beim Verständnis des Begriffes *Originalpackung* der Fall ist. Dementsprechend wird bei beiden Begriffen eine Verbindung zum (Original-)Hersteller der ganzen Ware (hier Auto) angenommen. Dies entspricht dem allgemeinen Sprachverständnis, wie das die Vorinstanz zutreffend ausführte, und wird beispielsweise in Betriebshandbüchern von den Herstellern ebenfalls so gehandhabt. Diesbezüglich kann keine willkürliche Beurteilung festgestellt werden.
- 5 Die Vorinstanz fokussierte sich bei der Sachverhaltsbeurteilung allerdings einzig auf das Wort «Originalersatzteil», beispielsweise beim als Blickfang erscheinenden runden Logo. An anderen Stellen besteht jedoch der Zusatz «... im Sinne der KFZ-Bekanntmachung bzw. der GVO.». Diese Einschränkung des Begriffes hätte die Vorinstanz bei ihrer Beurteilung berücksichtigen müssen, da dies eine hinreichend kommunizierte Präzision des allgemeinen Begriffes «Originalersatzteil» ist. Die Werbeaussage in diesem einschränkenden Sinne ist daher massgebend für die Beurteilung. Das wurde unterlassen, weshalb eine unzutreffende Sachverhaltswürdigung vorliegt. Diesbezüglich ist der Entscheid aufzuheben und dieser Teil der Werbeaussage somit als nicht unlauter zu beurteilen.
- 6 Hinsichtlich der ebenfalls gerügten Annahme der Vorinstanz, wonach der massgebende Konsument der Endkunde des (ganzen) Produktes sei und nicht, wie geltend gemacht, die «primäre Zielgruppe» des Gewerbes, nämlich beispielsweise Garagisten, ist festzustellen, dass hier keine willkürliche Beurteilung vorliegt. Wie die Vorinstanz zutreffend davon ausging, ist auch der Endkunde zur massgebenden Zielgruppe zu zählen, da sich die Werbung zumindest teilweise auch an diesen wendet, wie das beispielsweise auch aus der Website (autoglas.ch) hervorgeht. Dass die «primäre Zielgruppe» für den Produkteteil Originalersatzteile in erster Linie für das Gewerbe wichtig ist, mag zutreffen, doch interessieren sich auch die Endkunden für solche Angebote. Auf jeden Fall ist keine hinreichende Abgrenzung zwischen Endabnehmern und Kunden des Gewerbes festzustellen. Deshalb ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz vom Verständnis des Durchschnittskonsumenten ausgeht. Die diesbezügliche Rüge ist daher abzuweisen.

- 7 Was die Rüge der Verletzung des Gebots der Unparteilichkeit aufgrund der Befangenheit und Voreingenommenheit des juristischen Sekretärs anbelangt, ist darauf nicht weiter einzugehen, da er weder prozessleitend noch an der Urteilsberatung beteiligt war, geschweige denn mitgewirkt hätte.
- 8 Was die übrigen Rügepunkte betrifft, ist auf diese nicht einzugehen, da sie entweder neue Tatsachen (Noven) betreffen oder gar nicht in die Zuständigkeit der SLK fallen (Einholen von Gutachten).

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

Die Werbeaussage «Originalersatzteile» mit Zusatz «... im Sinne der KFZ-Bekanntmachung bzw. der GVO.» ist nicht unlauter, weshalb der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben ist.

Die übrigen Rügepunkte werden abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden konnte.

b) Konkurrentenbeschwerde

Nr. 172/17

(Telekommunikation – Das Netz «auf Glasfaser ausgebaut»)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

in Erwägung:

Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich das Folgende ergeben:

- 1 Die Beschwerdeführerin beanstandet die Werbeaussage «Wir haben für Sie in Seuzach das Netz auf Glasfaser ausgebaut», welche die Beschwerdegegnerin in sozialen Medien aufgeschaltet hat. In Tat und Wahrheit habe sich der Ausbau auf sogenanntes «Fiber-to-the-Street» (FTTS) oder «Fiber-to-the-Building» (FTTB) beschränkt. Das Glasfaserkabel sei also nur bis zum letzten Verteiler vor der Kupferleitung zum Kunden installiert worden. Der Kunde verfüge somit nach wie vor nur über eine Kupferleitung mit der entsprechend beschränkten Kapazität. Richtig wäre die fragliche Aussage nur, wenn eine sogenannte «Fibre-to-the-Home» (FTTH) vorliegen würde, was aber eben nicht der Fall sei. Im Weiteren erläutert die Beschwerdeführerin die eingeschränkten Nutzungsmöglichkeiten von FTTB resp. FTTS im Vergleich zu FTTH. Daher liege nach dem Verständnis der Durchschnittsadressaten eine Irreführung und somit ein Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG vor.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie macht geltend, dass die technischen Ausführungen der Beschwerdeführerin teilweise falsch seien und macht detaillierte eigene Darstellungen zum technischen Hintergrund der Beschwerde. Zusammenfassend macht sie geltend, dass die technisch unterschiedlichen Lösungen FTTB, FTTS und FTTH für den Durchschnittsadressaten zu gleichwertig anzusehenden Verbesserungen führen. Und unter dem Begriff «Glasfasernetz» würden international vereinheitlicht alle drei Ausbauarten FTTB, FTTS und FTTH subsumiert. Anhand des beworbenen Beispiels Seuzach erläutert die Beschwerdegegnerin im Detail die technischen Verbesserungen durch die neuen Netzinstallationen.
- 3 Werbeaussagen sind nach dem Verständnis der angesprochenen Durchschnittsadressaten zu beurteilen (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission). Basierend auf diesem Verständnis darf kommerzielle Kommunikation über die eigenen Waren nicht irreführend oder unrichtig sein (Art. 3 Abs. 1 lit. b des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG). Die Aussage «Wir haben für Sie in Seuzach das Netz auf Glasfaser ausgebaut» bezieht sich nach Ansicht der Lauterkeitskommission auf Seuzach und die Bewohner von Seuzach und stellt einzig fest, dass in Seuzach, im Gegensatz zu einem früheren Zeitpunkt, ein Glasfasernetz besteht. Die Durchschnittsadressaten erwarten aufgrund dieser Aussage nicht, dass jeder einzelne Bewohner in Seuzach nun ohne Weiteres von diesem Netz profitieren kann und somit beispielsweise automatisch einen Zugang zu schnellerem Internet hat. Die Existenz eines Netzes und der Zugang/die Nutzung des entsprechenden Netzes, sei es in den Bereichen Telefonie, TV oder Internet, sind für die Durchschnittsadressaten zwei klar unterschiedliche Fakten. Mit der Subline (Unterzeile) «Jetzt alle Vorteile von Glasfaser entdecken» weist die Beschwerdegegnerin zudem darauf hin, dass Vorteile durch das Netz nicht selbstverständlich sind, sondern erst durch den Zugang/die Nutzung desselben ermöglicht werden. Dass also weitere, eigene und auch kostenpflichtige Handlungen notwendig sind, insbesondere die Schaffung eines eigenen Zugangs zum Glasfasernetz («die Erschliessung der letzten Meile»), ist den Durchschnittsadressaten bewusst und bekannt, womit diese aufgrund der beschwerdegegenständlichen Werbeaussage gar nicht die Erwartung haben, es liege ein sog. FTTH vor. Ein Vorliegen von FTTH würde wohl dann erwartet werden, wenn die Beschwerdegegnerin zu jedem einzelnen Haushalt in Seuzach physischen Zugang hätte bzw. erhalten hätte.
- 4 Dass die beanstandete Werbeaussage einen vergleichenden Charakter haben soll, ist nicht nachzuvollziehen. Es besteht weder eine erkennbare Bezugnahme auf die Beschwerdeführerin noch ist ein Technologievergleich erkennbar.
- 5 Die Beschwerde ist daher abzuweisen.
- 6 Der Kammerbeschluss lautete wie folgt:

«Die Beschwerde wird abgewiesen.»

Basierend darauf hält das Plenum das Folgende fest:

- 1 Die Beschwerdeführerin hat am 14. Dezember 2017 innert Frist Rekurs eingereicht. Sie macht geltend, dass die relevante Frage der zu erreichenden Geschwindigkeit von der Vorinstanz gar nicht geprüft worden sei. Die Darstellung der Beschwerdeführerin erfasse nur die durch die Technik bereits erschlossenen 95.4% aller möglichen Kunden. Daher sei die Aussage der Beschwerdegegnerin, wonach das Netz auf Glasfaser ausgebaut worden sei, aus Sicht des relevanten Publikums täuschend, weil suggeriert werde, es sei mehr Leistung erreichbar als die mit Kupfer ohnehin erreichbaren 100 Mbit/s.
- 2 Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2018 aus, dass im Entscheid der Vorinstanz keine Willkür erkennbar sei. Es würden auch keine Willkürgründe vorgebracht, sondern nur eine andere Interpretation des Verständnisses des Durchschnittsadressaten. Die Aussagen zur Bandbreite in der Rekursschrift seien neue, unzulässige Sachvorbringen. Darüber hinaus sei sowieso unrichtig, dass sich im beanstandeten Kommunikationsmittel Hinweise auf eine bestimmte Glasfasertechnologie oder eine maximale technische Geschwindigkeit befinden.
- 3 Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission ist ein Rekurs nur in Fällen von Willkür möglich. Nach herrschender Rechtsprechung und Praxis der Lauterkeitskommission liegt Willkür dann vor, wenn die Erwägungen der Vorinstanz offenbar unhaltbar sind, zur tatsächlichen Situation im Widerspruch stehen, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen, oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen. Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.
- 4 Solche Willkürgründe ergeben sich aus der Rekursschrift des Beschwerdeführers nicht. Im fraglichen Sujet gemäss Beilage 2 und 3 zur Beschwerde werden keinerlei Aussagen gemacht, dass die einzelnen Einwohner über einen Glasfaser-Anschluss verfügen würden. Es wird einzig beworben, dass das Gemeindenetzt der Beschwerdegegnerin selber auf Glasfasertechnologie ausgebaut worden sei. Es werden in den fraglichen Werbesujets auch keinerlei Aussagen zu erreichbaren Datengeschwindigkeiten etc. gemacht. In diesem Sinne erscheint es nicht willkürlich, dass die Vorinstanz die Auffassung des Beschwerdeführers, es werde mit dem beanstandeten Werbesujet der falsche Eindruck erweckt, dass jeder Einwohner nun automatisch von einer höheren Geschwindigkeit profitieren könne, nicht geteilt hat. Gemäss den vom Beschwerdeführer eingereichten Werbemitteln wird bezüglich der Anpreisung «Jetzt alle Vorteile von Glasfaser entdecken» ein Link «Mehr dazu» angeboten. Für den Durchschnittsadressaten ist damit klar, dass ihm dort genauer ausgeführt wird, welche Vorteile der Netzausbau mit sich bringen soll. Aus der Beschwerdeschrift sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass in diesem verlinkten Inhalt unrichtige oder irreführende Aussagen zur blossen Tatsache gemacht werden, dass das Gemeindenetzt der Beschwerdegegnerin auf Glasfaser ausgebaut wurde.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.

- c) **Nr. 157/17**
(Irreführung – Bewerbung des «Blockbuster Pakets» von xxxxxxxx)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

in Erwägung:

Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich das Folgende ergeben:

- 1 Die Beschwerdeführerschaft macht geltend, dass in der Werbemail der Beschwerdegegnerin von einem neuen Angebot («Blockbuster-Paket») die Rede sei, obwohl es dieses Angebot schon einmal gab. Die Werbung sei daher irreführend. Es sei stossend, dass das Angebot ohne Ankündigung erst entfernt und später wieder als neu verkauft werde.
- 2 Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass ein technischer Fehler dazu geführt habe, dass anfangs April das Paket auf allen Benutzerkonten verschwunden sei. Dieser Fehler sei einige Tage später wieder korrigiert worden. Neukunden sei das Angebot zwischen dem 2. April und 2. Juli 2017 nicht mehr gemacht worden. Dementsprechend sei die Werbemail vom 3. Juli 2017 gerechtfertigt.
- 3 Die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin ist nicht konsistent mit den Inhalten der Vorkorrespondenz der Parteien. Unabhängig davon ist aber Tatsache, dass das Angebot in gleicher Form in der Vergangenheit bereits bestanden hatte. Dann wurde es für drei Monate nicht mehr angeboten. Nach diesen drei Monaten von einem «Neuangebot» zu sprechen, ist daher unrichtig und irreführend im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.
- 4 Der Kammerbeschluss lautete wie folgt:

«Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, ihr «Blockbuster-Paket» nicht als neues Angebot zu bewerben.»

Basierend darauf hält das Plenum das Folgende fest:

- 1 Die Beschwerdegegnerin hat am 16. Oktober 2017 innert Frist Rekurs eingereicht. Sie macht geltend, dass hier ein Missverständnis vorliegen müsse. Die Fakten seien die Folgenden: Anfang 2017 bis Ende März 2017 sei das Blockbuster-Paket im sogenannten Premium-Abo inklusive gewesen. Ab Anfang April sei das Blockbuster-Paket für Neukunden nicht mehr inbegriffen gewesen, da gewisse Rechte neu verhandelt werden mussten. Anfang Juli konnte das Abo dann von den Neukunden wieder zum Abo hinzugefügt werden. Der Newsletter vom 3.7.2017 sei an die Kunden versandt worden, welche seit April 2017 ein neues Premium-Abo gelöst hatten. Die Aussage im Newsletter, dass das Paket hinzugefügt werden könne, sei damit richtig gewesen. Es sei nie von einem Neuangebot die Rede gewesen.
- 2 Die Beschwerdeführerin erläutert in ihrer Stellungnahme vom 30. Oktober 2017, dass die Rekursbegründung widersprüchlich sei. In der Stellungnahme zur Beschwerde sei ausgeführt worden, dass das Paket auf allen Benutzerkonten verschwunden sei. Ein paar Tage später habe man den Fehler korrigiert. Weiter sei den Neukunden das Angebot zwischen dem 2. April und dem 2. Juli 2017 nicht mehr unterbreitet worden, weshalb die beanstandete Bewerbung gerechtfertigt gewesen sei. Es sei nach den Ausführungen der Beschwerdegegnerin in der Rekurschrift noch immer nicht klar, an wen der Newsletter gerichtet gewesen sei.
- 3 Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission ist ein Rekurs nur in Fällen von Willkür möglich. Nach herrschender Rechtsprechung und Praxis der Lauterkeitskommission liegt Willkür dann vor, wenn die Erwägungen der Vorinstanz offenbar unhaltbar sind, zur tatsächlichen Situation im Widerspruch stehen, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen, oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen. Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.

- 4 Aus der Rekurschrift ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen solchen Rekursgrund. Vielmehr sind die Ausführungen der Beschwerdegegnerin im Rekurs widersprüchlich zur Stellungnahme zur Beschwerde vom 11. Juli 2017. Behauptete sie zunächst, dass nach einem technischen Fehler alle bestehenden Kunden wieder Zugang zum Blockbuster-Paket hätten, beruft sie sich im Rekurs auf Verhandlungen mit den Rechteinhabern, weshalb das Angebot nur bei Neukunden nicht mehr inbegriffen gewesen sei.
- 5 Zunächst ist festzuhalten, dass im Rekurs keine neuen Sachvorbringen zulässig sind. Es sei denn, es handelt sich um sogenannte echte Noven. Das heisst, dass neue Tatsachenbehauptungen im Rahmen des Rekursverfahrens nur zugelassen sind, soweit es sich um neue Tatsachen handelt, die im Vorverfahren aus objektiven Gründen noch gar nicht vorgetragen werden konnten.
- 6 Unabhängig davon würden auch die neuen Sachvorbringen der Beschwerdegegnerin keinen Willkürgrund erstellen.
- 7 Der Rekurs ist aus diesen Gründen abzuweisen.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.

- d) **Nr. 160/17**
(Keine Irreführung – Glückliche Kühe dank Familienanschluss)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

i n E r w ä g u n g :

Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich das Folgende ergeben:

- 1 Der Beschwerdeführer beanstandet die Werbeaussage «Übrigens: Schweizer Kühe sind glückliche Kühe, dank Familienanschluss und Weidehaltung.», da sie irreführend und nicht wahrheitsgemäss sei. Er macht Ausführungen zur Kuhhaltung in der Schweizer Milchwirtschaft.
- 2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass die Kampagne nicht weiter eingesetzt werde. Sie sichert dies verbindlich zu und beantragt, das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.
- 3 Entgegen der Behauptung der Beschwerdegegnerin, wonach die Kampagne ausgelaufen sei und in der vorliegenden Form nicht weitergeführt werde, stellte die Lauterkeitskommission am Tag des Kammerentscheids fest, dass die beanstandete Kampagne noch immer im Einsatz ist. Konkret hängen beispielsweise an der Witikonerstrasse in Zürich mehrere der beanstandeten Plakate. Aufgrund dieser Feststellung kommt eine Nichtanhandnahme des Verfahrens gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission nicht in Frage und die Beschwerde ist materiell zu beurteilen.
- 4 Da die Beschwerdegegnerin in der vorliegenden Stellungnahme in materieller Hinsicht keine Ausführungen getätigt hat, sondern nur eine Einstellung des Verfahrens verlangt hat, wurde sie mit Entscheid der Ersten Kammer vom 13. September 2017, eröffnet am 27. September 2017 aufgefordert, innert 14 Tagen zu den im Raum stehenden Vorwürfen Stellung zu nehmen. Nach bisheriger Entscheidpraxis der Lauterkeitskommission dürfen Kühe als «glücklich» bezeichnet werden, wenn die strikten Vorgaben der Tierschutzgesetzgebung eingehalten werden (vgl. Entscheid Nr. 194/16).
- 5 Die Beschwerdegegnerin hat innert Frist ihre weitere Stellungnahme eingereicht. Sie führt darin einzig aus, dass die Plakatanbieter noch einmal aufgefordert wurden, sämtliche fraglichen Plakate definitiv zu entfernen und zu vernichten.
- 6 Auf die Beschwerde wird eingetreten. Wie bereits im Entscheid vom 13. September 2017 festgehalten wurde, kommt eine Nichtanhandnahme des Verfahrens nicht in Frage. Daran ändert auch die zweite Eingabe der Beschwerdegegnerin nichts.
- 7 Werbeaussagen sind nach dem Verständnis der angesprochenen Durchschnittsadressaten zu beurteilen (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission). Basierend auf diesem Verständnis darf kommerzielle Kommunikation nicht irreführend oder unrichtig sein (Art. 3 Abs. 1 lit. b des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG).
- 8 Nach bisheriger, bereits erwähnter Entscheidpraxis der Lauterkeitskommission erachten die Durchschnittsadressaten Kühe dann als «glücklich», wenn die strikten Vorgaben der Schweizer Tierschutzgesetzgebung eingehalten werden. Der Beschwerdeführer äussert sich nur dahingehend, dass er mit dieser Gesetzgebung nicht einverstanden sei, nicht aber, dass diese rechtlichen Vorgaben nicht eingehalten würden. Die Vorstellung des Beschwerdeführers, wann eine Kuh «glücklich» sei, entspricht daher nicht dem Verständnis der Durchschnittsadressaten.
- 9 Der Begriff «Familienanschluss» im Zusammenhang mit «glücklichen» Kühen wird von den Durchschnittsadressaten in der Schweiz nämlich dahingehend verstanden, dass diese Kühe in den Kreis einer Familie, d.h. einer Bauernfamilie, einbezogen werden. Bei domestizierten Tieren, die durch eine Familie gehalten werden, wird dieser Ausdruck oft verwendet. Die Durchschnittsadressaten sind sich den Tatsachen bewusst, dass einerseits der Grossteil der Landwirtschaftsbetriebe in der Schweiz familiengeführte Betriebe sind, und dass andererseits ein «Familienleben» im Sinne einer Lebensgemeinschaft von Stier, Kuh und Kalb oder auch nur von Kuh und Kalb (Mutterkuhhaltung) oder gar eine Herdenhaltung nach wie vor eine absolute Seltenheit darstellt. Es wird sodann auch

nicht von «Familienhaltung», «Familienleben» oder «Familienzucht» gesprochen, sondern lediglich von einem «Familienanschluss». Dieser Begriff wird daher als genügend klar und als tatsachengemäss erachtet.

10 Zudem ergibt sich aus dem Gesamteindruck des Werbemittels, dass die Aussage ein Vergleich zwischen der Viehhaltung in der Schweiz und jener im Ausland darstellt. Da der Beschwerdeführer dazu aber keine Ausführungen macht, ist dieser Gesamteindruck nicht in Frage zu stellen.

11 Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen.

12 Gleichwohl nimmt die Lauterkeitskommission zur Kenntnis, dass die Beschwerdegegnerin die vorliegend betroffene Kampagne in dieser Form, d.h. auch mit der beanstandeten Werbeaussage, inskünftig nicht mehr verwenden wird.

13 Der Kammerbeschluss lautete wie folgt:

«Die Beschwerde wird abgewiesen.»

Basierend darauf hält das Plenum das Folgende fest:

- 1 Die Beschwerdeführerin hat am 8. Dezember 2017 innert Frist Rekurs eingereicht. Sie macht geltend, dass das zentrale Argument der Beschwerde ohne Argument verneint worden sei und es absurd sei, den Familienanschluss an eine Menschenfamilie anstelle einer Kuhfamilie zu knüpfen. Die Absurdität dieser Argumentation sei offensichtlich. Dies gehe auch aus dem visuellen und sprachlichen Kontext der Kampagne hervor. Die abwegige Interpretation der Kammer werde auch nicht weiter begründet im Entscheid. Der Durchschnittsadressat halte es durchaus für realistisch, dass Mutterkuhhaltung in der Milchproduktion gang und gäbe sei. Zur Untermauerung ihrer Argumentation legt die Beschwerdeführerin zwei Parteigutachten ins Recht.
- 2 Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Stellungnahme vom 8. Januar 2018 aus, dass auf den weiteren Einsatz des fraglichen Sujets verzichtet wird. Daher macht die Beschwerdegegnerin keine weiteren materiellen Ausführungen, da es keinen Sinn mache, über Werbung zu streiten, welche nicht mehr eingesetzt werde. Im Übrigen sei aber festzuhalten, dass die in der Rekurschrift erwähnten Gutachter nicht unabhängig gewählt wurden.
- 3 Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission ist ein Rekurs nur in Fällen von Willkür möglich. Nach herrschender Rechtsprechung und Praxis der Lauterkeitskommission liegt Willkür dann vor, wenn die Erwägungen der Vorinstanz offenbar unhaltbar sind, zur tatsächlichen Situation im Widerspruch stehen, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen, oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen. Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.
- 4 Gemäss Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission ist eine Werbeaussage auch nach der Grundaussage einer Gesamtkampagne zu beurteilen. Hätten der Kammer die im Rahmen des Rekurses eingereichten anderen Sujets der Kampagne vorgelegen, wäre tatsächlich fraglich, ob die Würdigung der Vorinstanz nicht willkürlich gewesen wäre.
- 5 Da die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme zum Rekurs vom 8. Januar 2018 aber ihren uneingeschränkten Verzicht auf die weitere Benutzung des beanstandeten Sujets erklärt hat, kann eine weitere Beurteilung des Rekurses aber offenbleiben. Gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission und dessen analoger Anwendung auf laufende Verfahren im Sinne der ständigen Praxis der Lauterkeitskommission wird die Beschwerdegegnerin auf ihre Verzichtserklärung behaftet und das Verfahren wird eingestellt.

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

Das Beschwerdeverfahren wird eingestellt.

e) **N° 169/17**

(Pas de tromperie – Action promotionnelle pour «xxxxxxx – Six haut-parleurs»)

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, dans le cas d'espèce, le descriptif de l'offre figurant sur le site web de la partie défenderesse ne concorde pas avec l'offre effective. En lieu et place des 6 haut-parleurs, l'offre n'inclurait qu'un seul haut-parleur.
- 2 S'appuyant sur l'art. 9, al. 1 let. a du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté, la partie défenderesse demande l'irrecevabilité de la plainte. Car selon elle, la plainte est manifestement infondée. Elle considère qu'à la lecture du descriptif précité, il est clairement reconnaissable que six haut-parleurs sont intégrés dans la fabrication du produit vanté lui-même, resp. qu'il est évident que l'appareil comporte six haut-parleurs.
- 3 Puisqu'elle est suffisamment fondée, la plainte est recevable.
- 4 Toutefois, pour des raisons d'ordre matériel, il y a lieu de la rejeter. Le descriptif incriminé de l'offre n'est ni fallacieux, ni déloyal d'une autre manière. Pour le destinataire moyen, il est clairement reconnaissable qu'il s'agit d'un produit doté de six haut-parleurs intégrés dans le design du produit en question, et qu'il ne s'agit pas d'un set de produits constitué des six haut-parleurs figurant sur la photo. Le fait que seule la partie plaignante a mal compris le descriptif de l'offre ne signifie pas pour autant que la communication commerciale incriminée serait déloyale de manière générale.
- 5 La teneur de la décision de la Chambre était la suivante:

«La plainte est rejetée.»

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

- 1 La partie plaignante a déposé recours le 28 novembre 2017 dans les délais impartis. Elle fait valoir que le mot «intégré» n'apparaît nulle part dans le descriptif du produit. Dans le cas d'espèce, à la différence d'autres offres de ce genre, on n'a pas non plus choisi la forme grammaticale du singulier, mais au contraire la forme du pluriel. Selon elle, dans d'autres offres, on propose également plusieurs haut-parleurs.
- 2 Dans sa prise de position du 19 janvier 2018, la partie défenderesse explique que les arguments de la partie plaignante ne changeraient rien à la décision correcte rendue par l'instance précédente. Selon elle, il ressort clairement de la communication relative à l'offre que le produit lui-même contient six haut-parleurs, même si le mot «intégré» n'a pas été utilisé.
- 3 Conformément à l'art. 19 al. 1 let. b du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté, un recours n'est possible que dans les cas d'arbitraire. Selon la jurisprudence dominante et la pratique 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 incontestable ou encore gravement contraires à la notion d'équité. Comme expliqué dans le rapport annuel 2002 (page 8), le recours n'a pas été créé pour forcer la Commission Suisse pour la Loyauté à réexaminer une affaire.
- 4 On ne peut constater aucun motif de recours de ce genre dans le recours de la partie plaignante. Indépendamment de la formulation concrète «Six haut-parleurs au design», pour le destinataire moyen au sens des attendus de l'instance précédente, il est évident que ces six haut-parleurs font partie du produit vanté puisque cette indication figure dans le descriptif du produit lui-même. Le fait que le produit individuel vanté peut contenir plusieurs haut-parleurs aurait dû être reconnaissable pour le destinataire moyen, indépendamment de la présente formulation choisie. La situation initiale

aurait été différente si la désignation «Six haut-parleurs» avait figuré dans le surtitre en tant que désignation du produit, de manière analogue à la désignation «haut parleur» figurant au singulier à l'Annexe 4 du recours à laquelle se réfère notamment la partie plaignante.

rend la décision suivante :

Le recours est rejeté.