

Plenum / Plénum 5.11.2014

1. Hängige Verfahren/Procédures en cours

- a) Nr. 186/14
(Gesundheitswesen - Kampagne «Investieren die [REDACTED] lieber in Werbung als in Gesundheit?»)

2. Rekurse/Recours

- a) Nr. 109/14
(Tests – Verwendung von ausländischem Testurteil)

1. Hängige Verfahren/Procédures en cours

- a) Nr. 186/14
(Gesundheitswesen - Kampagne «Investieren die [REDACTED] lieber in Werbung als in Gesundheit?»)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

in Erwägung:

- 1 Die Beschwerdeführerin erachtet die Aussagen «Investieren die [REDACTED] & [REDACTED] lieber in Werbung als in Gesundheit?», «Die Konsequenz des Verhaltens der [REDACTED] ist möglicherweise eine Zwei-Klassen-Medizin in der ambulanten Versorgung. Denn minimale Zahlung bedeutet minimale Leistung.» sowie «Die [REDACTED] erschweren mit diesem Verhalten ihren Kunden allenfalls den Zugang zur Physiotherapie.» als herabsetzend im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG sowie als unrichtige und irreführende Werbung im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.5 der Lauterkeitskommission.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten. Sie erläutert in ihrer Beschwerdeantwort, weshalb sie die Beschwerde als mutwillig erachtet. Darüber hinaus handle es sich auch nicht um kommerzielle Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. 1.2 der Lauterkeitskommission. Die Beschwerdegegnerin verweist zudem auf Grundsatz Nr. 1.4 betreffend politische Propaganda und die anstehende Abstimmung zur Einheitskasse. Sollte auf die Beschwerde eingetreten werden, so erläutert die Beschwerdegegnerin, weshalb die fraglichen Aussagen nicht zu beanstanden sind.
- 3 Vorliegend ist zunächst die Frage zu beantworten, ob die beanstandeten Aussagen und Kommunikationsmittel kommerzielle Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. 1.2 der Lauterkeitskommission darstellen. Nur bei Bejahung dieser Frage ergibt sich die Zuständigkeit der Lauterkeitskommission.

- 4 Nach Auffassung der Ersten Kammer kann die vorliegende Kommunikation durchaus als rein politische Kommunikation im Rahmen der Auseinandersetzung zur Tarifpflicht gewisser medizinischer Leistungen beurteilt werden. Andererseits stellt sich die Frage, ob eine solche Kommunikation vom Durchschnittsadressaten nicht als Aufforderung verstanden wird, keine Versicherungsverträge mit den genannten Krankenkassen abzuschliessen. Diesfalls wäre das Vorliegen von kommerzieller Kommunikation zu bejahen.
- 5 Da es sich vorliegend um eine grundsätzliche Frage mit präjudiziertem Charakter handelt, hat die Erste Kammer mit Beschluss vom 24. September 2014, eröffnet am 13. Oktober 2014, folgenden Entscheid getroffen: Die Beschwerde wird dem Plenum im Sinne von Art. 16 Abs. 3 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission zur Beurteilung vorgelegt.
- 6 Demnach hat das Plenum über die Frage zu entscheiden, ob es sich vorliegend um kommerzielle Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. 1.2 der Lauterkeitskommission handelt.
- 7 Gemäss Grundsatz Nr. 1.2 ist unter kommerzieller Kommunikation jede Massnahme von Konkurrenten oder Dritten zu verstehen, die eine Mehrheit von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Waren, Werken, Leistungen oder Geschäftsverhältnissen zum Zwecke des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflussen. Dabei müssen auch Kommunikationsmassnahmen von Dritten, welche allenfalls auf die Verhinderung von Vertragsabschlüssen zielen, im Sinne einer kommerziellen Ausrichtung im Spiel des Wettbewerbes erfolgen. Kommunikationsmassnahmen von Dritten, die primär aus politischen oder sonstigen, beispielsweise gesellschaftlichen Gründen erfolgen und allenfalls nur indirekt Einfluss auf den Wettbewerb nehmen, können zwar dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb unterstehen, sind aber keine kommerzielle Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. 1.2.
- 8 Die beanstandeten Aussagen des Verbandes ██████ stehen gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit einer Informationskampagne rund um Tarifverhandlungen und Anpassungen von Taxwertpunkten im Rahmen der Krankenversicherungsgesetzgebung. Solche Aussagen können durchaus geeignet sein, einen Einfluss auf den Wettbewerb zu nehmen und unterstehen daher dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Art. 1 und Art. 2 UWG). Es handelt sich aber nicht um kommerzielle Kommunikation im Sinne der vorgenannten Erwägungen zu Grundsatz Nr. 1.2 der Lauterkeitskommission.
- 9 Gemäss Art. 1 Abs. 3 des Geschäftsreglements ist die Schweizerische Lauterkeitskommission im Rahmen ihres Stiftungszweckes einzig zur Beurteilung von kommerzieller Kommunikation befugt. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

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

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2. Rekurse/Recours

- a) Nr. 109/14
(Tests – Verwendung von ausländischem Testurteil)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

in Erwägung:

- 1 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist das Werben von Produkten als «Testsieger» basierend auf einem ausländischen Testurteil irreführend und unlauter, wenn die in der Schweiz in der getesteten Kategorie erhältlichen Produkte nicht massgeblich mit der dem Test zu Grunde liegenden Produktauswahl übereinstimmen. Sie erläutert das in ihrer Beschwerde anhand der beiden Produkte «Somat 10» und «Persil». Bei Produkt «Persil» beispielsweise habe der ausländische Test nur ca. 17 Prozent der auf dem Schweizer Markt vertretenen Grosswaschmittel betroffen.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie weist darauf hin, dass in der Werbung klar darauf hingewiesen werde, dass das Testresultat aus Deutschland stamme. Das Werben mit ausländischen Testurteilen sei zulässig, soweit die in der Schweiz geltenden Voraussetzungen an einen Test erfüllt seien. Dies sei bei den vorliegend beanstandeten Tests der Fall gewesen. Ein Testsieg in einem grossen Markt wie Deutschland sei aussagekräftig. Der Deutsche Markt sei sogar viel grösser als der Schweizer Markt. Entsprechend sei das Produkt «Somat Multi 10 Tabs» auch in der Schweiz Testsieger geworden. Darüber hinaus sei dem Durchschnittskonsumenten klar, dass das Produktesortiment in Deutschland von demjenigen in der Schweiz abweiche. Des Weiteren werde auch klar dargestellt, auf welche Eigenschaften sich der Test jeweils beziehe. Analog verhalte es sich beim Produkt «Persil».
- 3 Mit Entscheid vom 14.5.2014, eröffnet am 4.6.2014, hat die Zweite Kammer die Beschwerde aus folgenden Gründen wie folgt gutgeheissen: Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, in jedem Kommunikationsmittel mit ausländischen Testergebnissen gut lesbar auf die Herkunft dieses Tests hinzuweisen (z.B. «Testsieger in Deutschland»).
- 4 Die Kommunikation von Testresultaten darf nicht irreführend oder täuschend sein (Art. 3 Abs. 1 lit. b resp. e UWG, Grundsatz Nr. 3.3 der Lauterkeitskommission). Ob eine solche Irreführung oder Täuschung vorliegt, beurteilt sich nach dem Verständnis der angesprochenen, durchschnittlich verständigen, aufgeklärten und informierten Durchschnittsadressaten (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission).
- 5 Diesem Durchschnittsadressaten ist klar, dass die Marktverhältnisse in Deutschland nicht identisch sein müssen mit denjenigen in der Schweiz, wo allenfalls z.B. andere Eigenmarken der Grossverteiler erhältlich sind. Insofern ist das Werben mit ausländischen Testergebnissen nicht per se unzulässig, soweit genügend klar ersichtlich ist, dass es sich um ein ausländisches Testergebnis handelt und nicht nachweisbar ist, dass dieses ausländische Testergebnis in gravierender Weise von den schweizerischen Verhältnissen abweicht oder das ausländische Testverfahren den Anforderungen der Testrichtlinie der Lauterkeitskommission nicht zu genügen vermag. Des Weiteren muss das ausländische geprüfte Produkt mit dem schweizerischen Produkt identisch sein respektive darf es nur in nicht relevanten Merkmalen davon abweichen. Es ist aber nicht notwendig, dass das ausländische Testergebnis einem schweizerischen Testergebnis zu entsprechen hat.
- 6 Vorliegend wird nicht geltend gemacht, dass die ausländischen Testverfahren die Grundsätze der Testrichtlinie (Neutralität, Objektivität, Sachlichkeit und Transparenz, vgl. auch Grundsatz Nr. 3.3) nicht einhalten würden. Auch geht aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht hervor, dass die Testresultate in der Schweiz völlig anders ausgefallen sind oder ausfallen würden.

- 7 Beim Produkt «Somat 10» macht die Beschwerdeführerin zudem geltend, dass dieses Produkt im fraglichen Test gleichrangig mit einem anderen Produkt abgeschlossen habe und daher nicht als «Testsieger» benannt werden dürfe. Für den Durchschnittsadressaten ist hingegen klar, dass es bei einem Wettbewerb durchaus mehr als einen Sieger geben kann, wie zum Beispiel bei Skirennen etc. (sog. «ex aequo»). Gemeinhin werden solche gemeinsamen Gewinner je als Sieger bezeichnet. Dass sich auch bei Produktebewertungen mehrere Gewinner mit gleicher Punktzahl ergeben können, ist wohl für den Durchschnittsadressaten durchaus erkennbar. Daher erscheint es als nicht irreführend oder täuschend, wenn sich auch ein gemeinsamer Gewinner eines Produktetests als Sieger bezeichnet.
- 8 Entscheidend ist vorliegend somit, ob in jedem einzelnen Werbemittel, in welchem mit dem ausländischen Testergebnis geworben wurde, genügend klar auf die ausländische Herkunft dieses Tests hingewiesen wurde («Testsieger in Deutschland»). Die Nennung des Testveranstalters (z.B. «Stiftung Warentest») genügt alleine noch nicht, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass den Durchschnittsadressaten sofort klar ist, dass es sich um einen ausländischen Testveranstalter handelt.
- 9 Die Beschwerdegegnerin hat auf diese ausländische Herkunft der Testergebnisse, soweit aus den Beilagen der Rechtsschriften ersichtlich, nicht in allen Werbemitteln lückenlos hingewiesen (siehe z.B. Beilage 16 der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin). Wenn ein solcher gut lesbarer Hinweis fehlt, liegt nach Auffassung der Lauterkeitskommission eine unlautere Irreführung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b resp. e UWG vor.
- 10 Gegen den Entscheid der Zweiten Kammer vom 14. Mai 2014, eröffnet am 4. Juni 2014, wurde von der Beschwerdeführerin am 24. Juni 2014 fristgerecht Rekurs eingereicht, der eventuell auch als Revision zu behandeln sei. Die Rekursantwort datiert vom 25. August 2014.
- 11 Die Rekurrentin macht geltend, dass die Beschwerdegegnerin seit 1. Juli 2013 verpflichtet gewesen sei, jegliche Werbung mit Bezugnahme auf die Testresultate der deutschen Stiftung Warentest zu verzichten. Dieses neue Sachverhaltselement sei von der Beschwerdegegnerin im Verfahren verschwiegen worden. Daher liege auch ein Revisionsgrund vor.
- 12 Gemäss Bestimmungen der Stiftung Warentest sei eine Benutzung ihres Logos und das Werben mit ihren Testresultaten im Ausland unzulässig. Dies ergebe sich aus dem Lizenzvertrag von Stiftung Warentest, der auf der im Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung öffentlich abrufbaren Webseite von Stiftung Warentest veröffentlicht gewesen sei.
- 13 Die Rekursgegnerin beantragt die Abweisung des Rekurses. Sie macht geltend, dass kein Willkürgrund vorliege. Die Berufung auf die Lizenzbestimmungen von Stiftung Warentest falle zudem unter das Novenverbot im Rekursverfahren. Dieses Vorbringen sei verspätet und nicht mehr zu hören. Es wäre offensichtlich auch der Rekurrentin möglich gewesen, dieses Argument schon in der Beschwerde vorzubringen. Damit fehle es auch an einem Revisionsgrund.
- 14 Darüber hinaus sei es nicht richtig, dass die Benutzung der Logos von Stiftung Warentest in der Schweiz unzulässig sei. Die fraglichen Zeichen seien in der Schweiz markenrechtlich nicht geschützt und damit frei benutzbar. Allfällige Bestimmungen in einem Lizenzvertrag sind für Dritte nicht verbindlich.
- 15 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.

- 16 Der von der Rekurrentin angerufene «Logo-Lizenzvertrag» beinhaltet obligationenrechtliche Verpflichtungen, die naturgemäss nur die involvierten Vertragsparteien bindet. Vertragsrechtliche Klauseln besagen nichts darüber, ob und welche Rechte und Pflichten Dritte haben. Vorliegend kann zum Beispiel die Benutzung des Logos durch Dritte infolge Duldens, durch anderslautende individuelle Vereinbarung oder allenfalls auch durch mangelnden Markenschutz gerechtfertigt sein. Das Vorliegen von allfälligen obligationenrechtlichen Vereinbarungen, welche nur Dritte aber nicht die Beschwerdegegnerin binden, sind somit per se nicht geeignet, eine Widerrechtlichkeit der Logobenutzung im vorliegenden Fall zu begründen. Es kann daher auch offenbleiben, ob die Vorbringen der Rekurrentin im Rekurs unzulässige Noven darstellen. Der Rekurs ist abzuweisen.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.

Setzen Sie auf die Testsieger!

1/2 Preis Persil XXXL 80 WÄSCHER COLOR GEL

30% Rabatt Perwoll XL intensive Black

40% Rabatt Somat XXL AKTIONSPACK 60 TABS

TESTSIEGER Stiftung Warentest GUT (2,3) 14 Ausgaber 02/2013

TESTSIEGER Stiftung Warentest GUT (2,1) 14 Ausgaber 02/2013

saldo Testsieger saldo Test Nr. 142012

probieren und profitieren!

Aktion gültig vom 15. bis 26. Oktober 2013**