

Die Seite der Schweizerischen Lauterkeitskommission / La page de la Commission Suisse pour la Loyauté

«Federer»

Entscheid der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLKE) vom 11. September 2019 (I. Kammer)

Sachverhalt¹:

Die Stiftung für Konsumentenschutz (Beschwerdeführerin²) reichte gegen verschiedene öffentlich bekannte Personen Beschwerde ein³. Im vorliegenden Fall ging es um einen Post auf der Plattform Instagram vom 6. Mai 2019 von Roger Federer (Beschwerdegegner). Auf der abgebildeten Foto sieht man Roger Federer beim Tennisspielen.

Der Kammer-Entscheid wurde mittels Rekurs angefochten, er ist somit nicht rechtskräftig.

Erwägungen der Kammer:

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin verletzt ein Instagram-Post des Beschwerdegegners vom 6. Mai 2019 das Transparenzgebot von Grundsatz Nr. B.15 Abs. 1 und 2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission, da dieser Beitrag nicht als Werbung gekennzeichnet gewesen sei. Auf dem beanstandeten Post sei zu sehen, wie sich der Beschwerdegegner ein Bandana oder Stirnband der Marke «UNIQLO» anziehe. Weiter werde das Logo von «UNIQLO» im Zeitraum von 0:26 bis 0:34 auf der Brust des Beschwerdegegners gezeigt. Es folge eine weitere Einblendung des Beschwerdegegners mit dem fraglichen Bandana. Zudem werde für etwa 2 Sekunden eine Uhr von «ROLEX» eingeblendet. Ein Hinweis auf bezahlte Werbung fehle jedoch. Zusammen mit der Tonspur, in welcher auf die sportlichen Erfolge des Beschwerdegegners hingewiesen werde, werde dieser sportliche Erfolg mit dem Sponsor des Beschwerdegegners in Verbindung gebracht. Im analogen Beschwerdeverfahren zum gleichen Instagram-Post des Beschwerdegegners beanstandet die Beschwerdeführerin zudem, dass auch die Logos des ehemaligen Sponsors «NIKE» und der «ATP» eingeblendet werden.

Der Beschwerdegegner beantragt die Vereinigung der beiden Verfahren Nr. 154/19 und Nr. 159/19. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil der Beschwerdegegner in der SLK nicht vertreten sei, es sich nicht um Werbung handle und zudem die Auswirkung auf den Markt in der Schweiz fehle. Wohl sei die Beschwerdeführerin in der SLK vertreten, nicht aber der Beschwerdegegner als natürliche Person. Das Verfahren der SLK sei für Beschwerden gegen juristische Personen geschaffen worden, nicht aber gegen einzelne natürliche Personen. Die Unzuständigkeit der SLK ergebe sich zudem daraus, dass der Beschwerdegegner keinerlei Gegenleistung von «UNIQLO» für den fraglichen Post erhalten habe und die Bekleidungsstücke von «UNIQLO» weder in der Schweiz gekauft noch online bestellt werden können. Es fehle daher an der notwendigen Auswirkung auf den schweizerischen Markt. Mit Bezug auf «ROLEX» gehe aus der Beschwerde nicht genügend klar hervor, ob sich die Beschwerde auch darauf beziehe. Bei der Darstellung der «ROLEX»-Uhr handle es sich um eine Match-Uhr auf dem Turniergelände. Der Post sei nicht im Zusammenhang mit der Sponsoringtätigkeit des Beschwerdegegners für «ROLEX» produziert worden. Auch bezüglich «NIKE», dessen Logo als ehemaliger Sponsor auch erkennbar sei in Sequenzen alter Matches, bestünde keine Werbewirkung und keine Sponsoringtätigkeit. Analoges argumentiert der Beschwerdegegner für die ebenfalls sichtbaren Logos der «ATP».

¹ Diese Sachverhaltsdarstellung ist nicht Bestandteil des offiziellen Entscheides (sie wurde vom Berichterstatter hinzugefügt). Da im Entscheid aufgrund der Vorbringen des Beschwerdegegners auch einige grundsätzliche Verfahrensfragen zu behandeln waren, werden alle Erwägungen wiedergegeben.

² Da die Beschwerdeführerin bereits bei Einreichung der Beschwerde sowie unmittelbar nach Eröffnung der Entscheide unter Nennung sämtlicher Parteien aktiv an die Medien gelangte, werden hier ebenfalls die Namen und sonstige Kennzeichen wiedergegeben; ausgenommen davon ist der Name eines Mitglieds der SLK.

³ Die beiden Entscheide der III. Kammer vom 19. Juni 2019 (SLKE «Podladtchikov» und «Hunziker») wurden in sic! 10/2019, 580 und 581 publiziert.

Mit Blick auf die materiellen Rechtsfragen macht der Beschwerdegegner geltend, dass die Grundsätze der Lauterkeitskommission nicht festlegen, in welcher Form der Hinweis auf Werbung zu erfolgen habe. Zudem sei das Trennungsgebot nicht anwendbar auf Privatpersonen, sondern auf Beiträge von Journalisten und Medien.

Der Adressatenkreis der vorliegenden Kommunikation seien die Abonnenten des Instagram-Accounts des Beschwerdegegners, welche über die Sponsoren des Beschwerdegegners im Bilde seien. Zudem sei Sponsoring im Sport ein allgemein bekanntes Phänomen. Es sei notorisch bekannt, dass professionelle Sportler und Sportanlässe gesponsert werden. Daher ergebe bereits die reine Tatsache, dass der Beschwerdegegner Bekleidung von «UNIQLO» trage, den klaren Hinweis, dass es sich um ein bezahltes Sponsoringverhältnis handle. Eine weitere Kennzeichnung sei daher nicht notwendig. Die Sponsoringtätigkeiten des Beschwerdegegners seien auch allgemein bekannt und transparent.

Zudem hat der Beschwerdegegner neben der Tatsache, dass nur die Beschwerdeführerin in der Lauterkeitskommission vertreten sei, weitere Bedenken zur Unabhängigkeit der SLK. Der Mediensprecher der SLK habe in einem Interview des Fernsehsenders SRF inhaltlich Stellung genommen zum Verfahren. Er habe ausdrücklich gesagt, wenn der Beschwerdegegner «auf seiner Instagram-Seite eine Werbung platziere, ja, dann müsse auch er dies als solche kennzeichnen». Das komme einer Vorverurteilung gleich. Der Beschwerdegegner behalte sich daher auch aufsichtsrechtliche Schritte gegen die SLK vor.

Die paritätische Zusammensetzung der urteilenden drei Kammern der Lauterkeitskommission gemäss Art. 3 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission (Fachleute aus dem Bereich der kommerziellen Kommunikation, der Medien und der Konsumentenschaft) dient der Glaubwürdigkeit und Unabhängigkeit der Entscheide der Lauterkeitskommission. Diese Zusammensetzung der SLK-Kammern, welche im internationalen Vergleich der Selbstkontrollorganisationen eine besondere Qualität der schweizerischen Organisation ist, hat aber keinerlei Bedeutung mit Blick auf die Zuständigkeit der Lauterkeitskommission. Im Sinne einer Popularbeschwerde kann jedermann bei der Lauterkeitskommission Beschwerde gegen kommerzielle Kommunikation einreichen, die ihre Wirkung in der Schweiz entfaltet (Art. 1 Abs. 3 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission i.V.m. Grundsatz Nr. A.3, siehe dazu unten Erwägung 10; vgl. zum Verfahren der Lauterkeitskommission auch: M. SENN, Das Verfahren vor der Schweizerischen Lauterkeitskommission, in: sic! 1999, 697 ff.). Ob sich ein Beschwerdegegner auf ein Verfahren einlässt oder nicht, ist für die Anhandnahme einer Beschwerde nicht von Belang.

Eine Beurteilung durch die SLK hat dem verfassungsmässigen Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 5 BV) und dem Grundsatz der Unabhängigkeit zu entsprechen, was nach Art. 35 Abs. 3 BV nicht nur zwischen Staat und Bürger, sondern auch zwischen Privaten Wirkung entfalten soll (siehe dazu Tätigkeitsbericht 2016 der Lauterkeitskommission, 14). Entsprechend wendet die Lauterkeitskommission die Ausstandsregeln der staatlichen Prozessordnungen analog an (vgl. Art. 47 ZPO und Art. 34 BGG). Hätte vorliegend die Zweite Kammer der Lauterkeitskommission mit dem durch die SKS berufenen Kammermitglied X über diese Beschwerde befunden, so müsste X in Ausstand treten. Bei den vorliegenden Kammermitgliedern der Ersten Kammer gemäss Rubrum besteht hingegen kein Interessenkonflikt im Sinne der genannten Bestimmungen. Die Unabhängigkeit der vorliegend urteilenden Kammer wird im Gegensatz zu den Ausführungen des Beschwerdegegners auch nicht durch Medienaussagen des Medienverantwortlichen der Lauterkeitskommission beeinträchtigt, da der Medienverantwortliche nicht Kammermitglied und damit auch nicht stimmberechtigt im Rahmen der Entscheidungsfindung einer Kammer ist. Darüber hinaus bestand zu jenem Zeitpunkt noch keine gefestigte Praxis zur vorliegenden Fragestellung, die Aussage erfolgte zudem klarerweise rein exemplarisch. Die Beschwerde kann durch die Erste Kammer daher ohne Zweifel beurteilt werden.

Die Beschwerden Nr. 154/19 und Nr. 159/19 betreffen denselben Lebenssachverhalt (denselben Instagram-Post des Beschwerdegegners), die gleichen Parteien sowie die gleichen Rechtsfragen. In analoger Anwendung beispielsweise der zivilprozessualen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) und des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP) werden die beiden Beschwerdeverfahren Nr. 154/19 und Nr. 159/19 gestützt auf Art. 5 Abs. 4 des Geschäftsreglements vereinigt und gemeinsam beurteilt (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP).

Unlauter ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder

zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Die Schweizerische Lauterkeitskommission konkretisiert die lauterkeitsrechtliche Generalklausel, indem sie in ihren Grundsätzen konkrete Verhaltensweisen oder Geschäftsgebaren als unlauter definiert. Vor diesem Hintergrund qualifiziert die Lauterkeitskommission kommerzielle Kommunikation etwa dann als unlauter, gleichgültig in welcher Form sie erscheint oder welches Medium sie benutzt, wenn sie nicht als solche eindeutig erkennbar und vom übrigen Inhalt nicht klar getrennt ist (Grundsatz Nr. B.15 Abs. 1).

Unter kommerzieller Kommunikation ist jede Massnahme zu verstehen, die eine gewisse Anzahl von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Produkten oder Geschäftsverhältnissen zum Hauptzweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflusst, wozu grundsätzlich auch Sponsoringkommunikation zählt (Grundsatz Nr. A.3 Abs. 1 und 2). Es ist unbestreitbar, dass die Logokommunikationen des Beschwerdegegners zugunsten seiner aktuellen und ehemaligen Sponsoren darauf ausgerichtet sind, die Adressaten der Kommunikation in der Einstellung zu den fraglichen Waren oder Dienstleistungen zu beeinflussen. Das gilt auch für die gemäss Beschwerdegegnerin in der Schweiz nicht vertriebenen Waren des Sponsors «UNIQLO». Den Adressaten in der Schweiz wird die Marke «UNIQLO» bekannt gemacht, was einen späteren, allfälligen Markteintritt in der Schweiz erleichtert. Dass ein solcher Markteintritt in der Schweiz nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich unter anderem auch aus der Medienberichterstattung (siehe z.B. <www.srf.ch/news/schweiz/kleider-frust-uniqlo-schweizer-federer-fans-im-out>, besucht am 11. September 2019). Darüber hinaus bleibt es den Adressaten in der Schweiz unbenommen, die fraglichen Waren auf ihren Auslandsreisen zu beziehen. Somit handelt es sich vorliegend um kommerzielle Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. A.3 Abs. 1 und 2, welche auch auf dem schweizerischen Markt Wirkung erzielt. Daher ist die Lauterkeitskommission zur Beurteilung des beanstandeten Instagram-Posts des Beschwerdegegners gestützt auf Art. 1 Abs. 3 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission zuständig.

Gemäss Grundsatz Nr. B.15 Abs. 2 muss kommerzielle Kommunikation auch dann als solche eindeutig erkennbar sein, wenn eine Person ein Social-Media-Profil oder einen Social-Media-Account nutzt, um kommerzielle Kommunikation für Dritte zu betreiben oder zu ermöglichen, die für die Nutzer nicht als solche erkennbar ist. In diesem Sinne erfasst der Grundsatz Nr. B.15 trotz der zugegebenermassen zu eingrenzenden Überschrift «Trennung zwischen redaktioneller Information und kommerzieller Kommunikation» jede Kommunikationsform und nicht nur eigentliche redaktionelle Kommunikation, sei es von juristischen oder von natürlichen Personen. Insbesondere hat eine Person, welche Sponsoringleistungen oder andere damit vergleichbare Entgelte oder Sachleistungen erhält, ihr Verhältnis zur leistungsgebenden Person offenzulegen. Analog diesbezüglicher ausländischer Bestimmungen fordert der Grundsatz der Lauterkeitskommission keine allgemeine Kennzeichnungspflicht für kommerzielle Kommunikation zugunsten Dritter. Vielmehr genügt unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles die eindeutige Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters der Kommunikation. In analoger Art und Weise lautet beispielsweise § 5a Abs. 6 des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb: «Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.» Im Sinne des internationalen Charakters von Social-Media-Accounts und im Lichte der analogen deutschen Regulierung ist es durchaus angebracht, die Entwicklungen der aktuellen Rechtsprechung in Deutschland im vorliegenden Themenbereich miteinzubeziehen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass sowohl die Beurteilung der Lauterkeitskommission als auch die Rechtsprechung deutscher staatlicher Gerichte noch keine abschliessenden Erkenntnisse liefern, da keine höchstrichterlichen Präjudizien vorliegen.

Massgebend ist demnach die Frage, ob der kommerzielle Charakter einer Kommunikation eindeutig erkennbar ist oder nicht. Eine Kennzeichnung oder anderweitige Klarstellung ist somit dann erforderlich, wenn eine Kommunikation auf einem Social-Media-Portal nicht eindeutig als kommerzielle Kommunikation identifiziert werden kann. Die Frage der Erkennbarkeit der Art der Kommunikation unterliegt jeweils einer Einzelfallbeurteilung. So hat beispielsweise das Landgericht München eine Klage gegen eine Influencerin abgewiesen, weil es zur Auffassung gelangte, dass die Instagram-Posts der Beklagten zwar kommerzieller Natur waren, weil sie durch die Posts die verlinkten Unternehmen und ihr eigenes Unternehmen förderte, dieser kommerzielle Charakter aber trotz fehlender Kennzeichnung für die angesprochenen Verkehrskreise erkennbar war (LG München I Urteil vom 29. April 2019, Az. 4 HK O 14312/18, E. 43 ff., MMR 2019, 544 ff., «Cathy Hummels»). Das Landgericht München hat

ebenfalls darauf hingewiesen, dass die Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters einer Kommunikation in jedem Einzelfall zu prüfen sei. Es entspricht allgemeinem Konsens nach aktueller deutscher Gerichtspraxis, dass eine Kennzeichnungspflicht entfällt, wenn sich der kommerzielle Charakter einer Kommunikation bereits aus den Umständen ergibt.

Für die Beurteilung einer Massnahme der kommerziellen Kommunikation berücksichtigt die Lauterkeitskommission insbesondere das Verständnis der massgebenden Zielgruppe, den Gesamteindruck und den Charakter des Mediums (Grundsatz Nr. A.1 Abs. 3). Beim Verständnis der massgebenden Zielgruppe wird nach ständiger Praxis der Lauterkeitskommission auf das Verständnis der durchschnittlich verständigen, durchschnittlich aufgeklärten und durchschnittlich informierten Mitglieder der adressierten Zielgruppe (sog. Durchschnittsadressaten) abgestellt (vgl. auch BGE 132 III 414 E. 2.3.2; M. SENN, Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbereich, in: sic! 2008, 591). Dieser Durchschnittsadressat ist angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch (vgl. auch Ziff. 2 des Anhanges 6 VKos, SR 817.023.31).

Im vorliegenden Fall ist der Charakter des Publikationsmediums (Instagram) dadurch geprägt, dass der Adressatenkreis von Inhalten nicht unbestimmt, sondern sehr konkret messbar und feststellbar ist. Die Adressaten sind gemäss Beschwerdeführerin die rund sechs Millionen Follower (Abonnenten) des Instagram-Accounts des Beschwerdegegners. Ein Follower bestimmt selber, welchen Personen oder Unternehmen er folgen will. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die durchschnittlichen Schweizer Follower des Accounts des Beschwerdegegners für dessen Sportgeschichte und Leben interessieren. Ein Follower möchte durch das Folgen des Instagram-Accounts mehr über den Beschwerdegegnern, seine Karriere und sein Leben erfahren. Sie sind interessierter am Beschwerdegegnern und besser über ihn informiert als jemand, der kein Follower dieses Accounts ist. Es darf davon ausgegangen werden, dass sich diese Durchschnittsadressaten darüber im Klaren sind, dass für die Präsentation von Marken wie «UNIQLO», «ROLEX», «NIKE» und «ATP» durch den Beschwerdegegnern kommerzielle Hintergründe bestehen, sei es durch Sponsoringvereinbarungen oder durch anderweitige, klar kommerziell geprägte Hintergründe. Dies insbesondere auch insofern, als es im sportlichen und geschäftlichen Umfeld des Beschwerdegegners bekanntermassen üblich ist, Markenlogos aus rein kommerziellen Hintergründen zu präsentieren. Die Durchschnittsadressaten sind sich also dessen klar bewusst, dass die beanstandete Präsentation der Marken einen kommerziellen Zweck verfolgt.

Zusammenfassend handelt es sich beim beanstandeten Post unzweifelhaft um kommerzielle Kommunikation, die sich auch an die Schweizer Follower richtet. Der kommerzielle Charakter der beanstandeten Abbildungen der fraglichen Logos der Unternehmen, die im Rahmen typischer Sponsorenlogos auf der Bekleidung etc. erfolgen, ist für diese Durchschnittsadressaten eindeutig erkennbar. Aufgrund der eindeutigen Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. B.15 Abs. 1 und 2 bedarf es vorliegend keiner weiteren Kennzeichnung oder Klarstellung der Art der Kommunikation. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Mitgeteilt von Mischa Senn, Prof. Dr. iur., Fachexperte und Vizepräsident der SLK