

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

### Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbereich

MISCHA CH. SENN\*

#### I. Einleitung

Die Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK) hat den bisherigen einleitenden Grundsätzen neue Bestimmungen zum Geltungsbereich sowie Anwendungsregeln vorangestellt. Die Grundsätze zum Begriff und zu den Formen von kommerzieller Kommunikation erhalten damit eine Renummerierung in der Systematik<sup>1</sup>.

Nachfolgend an den Wortlaut der neuen Bestimmungen folgen Anmerkungen im Sinne von Kommentaren und Erläuterungen<sup>2</sup>.

#### Grundsatz 1.1

##### 1. Geltungsbereich

*1) Diese Grundsätze bezwecken die Beachtung fairer Geschäftspraktiken in der kommerziellen Kommunikation; sie dienen damit der Vertrauensbildung der Öffentlichkeit in die kommerzielle Kommunikation.*

*2) Kommerzielle Kommunikation soll rechtmässig, wahrheitsgemäss und nicht diskriminierend sein sowie den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr entsprechen.*

##### 2. Anwendungsregeln

*Für die Beurteilung einer kommerziellen Kommunikation sind insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:*

- das Verständnis der Zielgruppe*
- der Gesamteindruck*
- die Grundaussage*
- die Art des beworbenen Produktes*
- der Charakter des Mediums*
- der Vergleich zur dargestellten Wirklichkeit*
- ironische Aussagen oder Parodien sind entsprechend ihrem Charakter auszulegen*
  - die aktuelle und tatsächlich herrschende Auffassung über Ethik, Sitte und Moral in der Gesellschaft*

<sup>1</sup> Ebenso alle andern Bestimmungen innerhalb des 1. Kapitels. Die revidierten Grundsätze sind über die Website abrufbar unter: [www.lauterkeit.ch/grundsatz.htm](http://www.lauterkeit.ch/grundsatz.htm).

<sup>2</sup> Die Kommentare geben die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

## II. Anmerkungen

### 1. Zur Systematik

Während der Geltungsbereich (Ziffer 1) die hauptsächlichen Prinzipien von lauterkeitsrechtlichem Verhalten festhält, sollen die Anwendungsregeln (Ziffer 2) als Anleitung zur Beurteilung von werblichen Äusserungen – oder allgemein einer kommerziellen Kommunikation<sup>3</sup> – dienen<sup>4</sup>.

Unter dem Titel Geltungsbereich werden die lauterkeitsrechtlichen Grundsätze für kommerzielle Kommunikation beschrieben. Diese Bestimmung stellt insofern eine Art Generalklausel analog jener von Art. 2 UWG dar<sup>5</sup>.

Die Anwendungsregeln halten Kriterien fest, welche generell für die Beurteilung einer Werbung gelten. Diese entsprechen einem Bedürfnis der Praktiker der Kommunikationsbranche und dienen den Anwendern dieser Grundsätze, sprich den Spruchkörpern der SLK<sup>6</sup>.

### 2. Methodisches Vorgehen

Ist eine konkrete Werbung hinsichtlich ihrer lauterkeitsrechtlichen Relevanz zu beurteilen, ist grundsätzlich zuerst zu prüfen, ob einer der Spezialtatbestände von Art. 3 UWG zur Anwendung gelangt<sup>7</sup>. Da die – nicht abschliessend aufgezählten<sup>8</sup> – Spezialtatbestände die Generalklausel konkretisieren, kann aber «auch ein Verhalten als unlauter in Betracht fallen, das keinen der Tatbestände nach Art. 3 bis 8 UWG erfüllt»<sup>9</sup>. Entsprechend kann ein Sachverhalt auch nur unter die Generalklausel fallen, womit beispielsweise eine allgemein diskriminierende Werbung im Licht der Generalklausel von Art. 2 UWG zu beurteilen ist.

Es geht hierbei also um die Frage, unter welchen Tatbestand eine werbliche Aussage fallen kann und somit darum, welche Gesetzesbestimmung bzw. welche Grundsätze der SLK zur Anwendung gelangen. Ist dieser Bereich soweit einmal festgelegt, gilt es in einem nächsten Schritt zu untersuchen, nach welchen weiteren Kriterien die Rechtsanwendung erfolgt.

Zum methodischen Vorgehen liefern die lauterkeitsrechtlichen Grundlagen, wie beispielsweise Art. 2 UWG, keine Anhaltspunkte. Eine Beurteilung erfolgt vielmehr aufgrund der durch Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Auslegungsgrundsätze. Eine Zusammenfassung besteht – soweit bekannt – nicht. Deshalb hat die Lauterkeitskommission in ihren Grundsätzen dazu sog. Anwendungsregeln aufgestellt, die auch als eine Handreichung oder Anleitung zu verstehen sind<sup>10</sup>.

Diese Anwendungsregeln enthalten die wichtigsten Kriterien für die Beurteilung von kommerziellen Kommunikationen und dienen damit der Auslegung bei der Rechtsanwendung. Methodisch betrachtet liegt einer solchen Anwendung das hermeneutische Verfahren zugrunde, indem es hier um Verstehen und Auslegen von genereller, sprachlicher Kommunikation geht. Dabei findet ein Hin- und Herwandern zwischen einerseits den infrage kommenden Tatbeständen und Kriterien sowie andererseits dem

<sup>3</sup> Der Begriff kommerzielle Kommunikation wird hierbei mit dem umgangssprachlichen Ausdruck Werbung bzw. werbliche Aussage synonym verwendet (vgl. Grundsatz [=GS] 1.2 [bisher GS 1.1]).

<sup>4</sup> Dass die Anwendungsregeln systematisch eigentlich nicht als Grundsätze zu betrachten sind, ist der SLK klar. Man hat sie dennoch hier platziert, da innerhalb des ersten Kapitels («Geltungs- und Anwendungsbereiche») auch andere, mehr verfahrensrechtliche Regeln aufgestellt sind (z. B. über die Verantwortlichkeit und die Beweislast).

<sup>5</sup> Auf Ausführungen zur Ziff. 1 kann hier verzichtet werden, da sie keine neuen Aspekte des Lauterkeitsrechts vermitteln. Eine spezielle Erwähnung mag indessen das hier statuierte Diskriminierungsverbot sein, was nach einer neueren Ansicht aber Bestandteil der lauterkeitsrechtlichen Grundsätze ist (vgl. dazu M. CH. SENN, Diskriminierende Werbung, in: M. Rehinder [Hg.], Sexuelle Übergriffe und Diskriminierung. Schriften zur Rechtspsychologie Bd. 10, Bern 2008 [erscheint 2. Halbjahr 2008], und auch schon K.-H. FEZER, Diskriminierende Werbung – Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, 265–275).

<sup>6</sup> Zu Aufgaben und Organisation der SLK vgl. A. BRUNNER, Zur Praxis der SLK, recht 2001, 1–10, 4; M. CH. SENN, Das Verfahren vor der SLK, sic! 1999, 697–702, 699.

<sup>7</sup> Gegebenenfalls auch von Art. 4 bis 8 UWG, soweit es sich bei werblichen Äusserungen um einen lauterkeitsrechtlichen Anwendungsfall handelt. Zum Verhältnis der Generalklausel zu den Spezialtatbeständen der Art. 3 bis 8 UWG vgl. BGE 133 III 431 E.4.1 (m.w.H.).

<sup>8</sup> Der erste Satz von Art. 3 UWG lautet entsprechend: «Unlauter handelt insbesondere, wer (...)» [Hervorhebung durch den Verfasser].

<sup>9</sup> BGE 133 III 431 E.4.1 (m.w.H.).

<sup>10</sup> Vgl. auch die Grundsätze und Kriterien des Deutschen Werberats sowie die «Anwendungsgrundsätze» der ICC (= Chambre de Commerce Internationale / Internationale Handelskammer).

Sachverhalt (hier in Form der werblichen Äusserungen) statt<sup>11</sup>. Anhand des konkreten Einzelfalls ist darüber zu entscheiden, inwieweit bestimmte Kriterien besonders zu beachten sind.

### 3. Zu den einzelnen Kriterien

#### a) Vorbemerkungen

Die Anmerkungen zu den einzelnen Kriterien folgen nicht durchwegs der Aufzählung, da sie teils im Kontext zusammenfassend erläutert werden. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die angeführten Kriterien weder abschliessend aufgezählt werden noch hinsichtlich ihrer Aufzählung hierarchisch zu verstehen sind; diesbezüglich kann auf die Ausführungen zu Art. 3 UWG hingewiesen werden<sup>12</sup>.

#### b) Verständnis der Zielgruppe

Zum Kriterium der Zielgruppe ist anzumerken, dass es sich bei diesem Begriff um den massgebenden Durchschnittsadressaten handelt<sup>13</sup>. Dieser Rechtsbegriff umfasst einerseits das angesprochene Zielpublikum, also jene Personengruppe, die für das konkret beworbene Produkt<sup>14</sup> überhaupt infrage kommt. Andererseits ist hinsichtlich des Verständnishorizonts und des damit zusammenhängenden Konsumentenleitbilds vom durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher auszugehen<sup>15</sup>.

#### c) Gesamteindruck

Das Kriterium des Gesamteindrucks verweist darauf, dass nicht eine Einzelaussage oder eine Detaildarstellung der Werbung für die Beurteilung massgebend sein kann. Vielmehr ist zu untersuchen, welche Wirkung die Gesamtheit der werblichen Aussage auslöst. Es steht somit «jede Werbemassnahme unter dem Vorbehalt einer Gesamtbeurteilung der konkreten Umstände des einzelnen Falles»<sup>16</sup>. Die Interpretation kann somit nicht losgelöst von ihrem Kontext ausfallen, womit einzelne Aspekte in ihrem Zusammenhang nachzuvollziehen resp. zu interpretieren sind. Das gilt sowohl für die einzelne Werbung als auch für eine ganze Kampagne.

#### d) Grundaussage

Damit einhergehend ist danach zu fragen, welches die Grundaussage der werblichen Äusserung ist. Es ist dabei bei Meinungsäusserungen<sup>17</sup> nicht auf das Gesagte, sondern auf das Gemeinte abzustellen. Dieser allgemeine Auslegungsgrundsatz gilt denn auch als übergeordnetes Prinzip verschiedenster Kommunikationsformen, sei es in der Kunst, in der Literatur und selbst auch in der alltäglichen zwischenmenschlichen Kommunikation. So ist die Aussage nicht wörtlich zu verstehen, das Kind sei tatsächlich mit dem Bade ausgeschüttet worden, wenn damit gemeint ist, eine Angelegenheit nicht im Übereifer anzugehen, also beispielsweise mit dem Schlechten zugleich auch das Gute zu verwerfen<sup>18</sup>. Allerdings müssen solche Aussagen auch als Idiome oder Übertreibungen erkannt werden (können). Dies hängt wiederum vom Verständnishorizont der Rezipienten ab, was auf die vorherigen Ausführungen verweist.

Schliesslich ist auch daran zu erinnern, dass Werbung mitunter den Zeitgeist überspitzt aufgreift, und die Aussage entsprechend nicht wörtlich genommen werden kann. Ähnlich verhält es sich

<sup>11</sup> Vgl. zum Ganzen M. CH. SENN, *Satire und Persönlichkeitsschutz*, Bern 1998, 50 f.

<sup>12</sup> Vgl. vorne Ziff. 2 und Fn. 8.

<sup>13</sup> Die SLK wählte anstelle des feststehenden Rechtsbegriffs des massgebenden Durchschnittsadressaten aus Gründen der sprachlichen Gleichbehandlung den Begriff «Zielgruppe», der jedoch unpräziser ist.

<sup>14</sup> Mit Produkt sind sowohl Waren als auch Dienstleistungen gemeint.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Entscheid der SLK [= SLKE] vom 25. März 2003, sic! 2003, 659 E.4.b, «Ticino-Turismo»; SLKE vom 9. Januar 2002, sic! 2003, 393 E.3, «Bester Empfang», m.w.H.; unterschiedlich die Rechtsprechung des BGE, vgl. z. B. einerseits Urteil vom 15. Mai 2007 [4P.321/2006], sic! 2007, 840 E. 3, «Supercard», andererseits BGE 132 II 240 E.4.3.4; 128 III 441 E.1; eindeutiger BGH, Urteil vom 19. April 2007, GRUR 2007, 981 E.II.2b, «150% Zinsbonus».

<sup>16</sup> FEZER (Fn. 5) 272; BGH, Urteil vom 19. April 2007, GRUR 2007, 981 E.II.2b, «150% Zinsbonus».

<sup>17</sup> Zum unterschiedlichen Vorgehen bei Meinungsäusserungen und Tatsachenbehauptung vgl. sogleich nachfolgend.

<sup>18</sup> Beispiel aus Duden, Redewendungen (Band 11), 2. Aufl., Mannheim 2002, 410.

entsprechend bei ironischen Aussagen oder bei Parodien, die nur dann richtig verstanden werden können (und müssen), wenn sie nicht wörtlich, sondern in Bezug auf ihren Aussagegehalt rezipiert werden.

Zu unterscheiden ist im Weiteren, ob es sich bei der werblichen Aussage um eine Tatsachenbehauptung oder um eine Meinungsäusserung handelt. Denn eine Werbeaussage kann sowohl eine Tatsachenbehauptung als auch oder nur eine Meinungsäusserung darstellen. Dabei ist hinsichtlich Meinungsäusserungen<sup>19</sup> bei mehrdeutigen Aussagen aufgrund des Grundsatzes der Freien Rede<sup>20</sup> nicht jene Auslegung massgeblich, welche als unlauter beurteilt werden kann, solange daneben Deutungen bestehen, die zu einem anderen Ergebnis führen<sup>21</sup>, also u. U. durchaus auch zugunsten des werbenden Anbieters entschieden werden kann<sup>22</sup>.

Schliesslich ist im Zusammenhang mit Fragen zur Grundaussage werblicher Äusserungen die Auslegung im Licht der Grundrechtsintention vorzunehmen: Die Interessenabwägung hat unter Berücksichtigung der massgeblichen Grundrechte zu erfolgen, was zur Folge hat, dass einerseits – bezogen auf die werbliche Äusserung – sowohl die Meinungsäusserungsfreiheit als auch die Wirtschaftsfreiheit («Werbefreiheit») zu beachten sind<sup>23</sup>. Andererseits hat die werbliche Äusserung insbesondere die Menschenwürde und den Persönlichkeitsschutz zu respektieren. Die Abwägung ist häufig nicht ganz einfach und bedarf daher einer sorgfältigen Vorgehensweise, insbesondere dann, wenn im Prozess der Abwägung auch die aktuellen Wertvorstellungen zu berücksichtigen sind. Diese betreffen selbstredend ethische, sittliche und moralische Fragestellungen, weshalb dieses Werte-Kriterium ebenfalls explizit in den Auslegungsregeln Erwähnung findet.

#### e) Vergleich zur dargestellten Wirklichkeit

Entsprechend der soeben gemachten Ausführungen soll gegebenenfalls ein Vergleich zur dargestellten Wirklichkeit vorgenommen werden. Da Werbung Teil des gesellschaftlichen – und kulturellen – Lebens ist, kann sie auch und soweit mit den realen Eigenheiten einhergehen, als sie eben darin stattfindet. Deshalb ist beispielsweise «Werbung mit der Realität» (Stichwort Benetton) zulässig. Sie ist insofern den gleichen (gesellschaftlichen) Umständen wie die Medien unterworfen. Das ist gemeint, wenn (in den Medien) von dargestellter Wirklichkeit gesprochen wird, indem die Grenzen der Befindlichkeit gleich abzustecken sind für kommerzielle wie für redaktionelle Kommunikation. Selbstverständlich gilt es im Einzelfall darauf zu achten, dass die (sachgerechte) Darstellung in den Medien im Rahmen ihres Berichterstattungsauftrags u. U. weiter gehen kann, als man dies der kommerziellen Äusserung zugestehen kann (z. B. Berichterstattung über Katastrophen).

#### f) Charakter des Mediums

In die Gesamtbeurteilung einzufließen hat deshalb auch der Charakter des Mediums, in dem die Werbung stattfindet. Der Werbeträger<sup>24</sup> und damit sowohl die Verbreitung als auch der Kontakt sind Umstände, die zu beachten sind. So macht es beispielsweise einen Unterschied, ob die werbliche Äusserung für jedermann auf einem Plakat oder als Kinoreklame wahrnehmbar wird – und deren (wenn auch nur kurze) Beachtung damit kaum vermieden werden kann – oder ob sie auf einem Banner einer einschlägigen Website für eine anzahlmässig beschränkere Zielgruppe auftaucht.

<sup>19</sup> Zum Umstand, dass kommerzielle Kommunikationen auch unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit stehen, vgl. M. CH. SENN, Kommerzielle Äusserungen im Schutze der Meinungsäusserungsfreiheit, sic! 1999, 111–115, 114 (m.w.H.).

<sup>20</sup> Vgl. SENN, Kommerzielle Äusserungen (Fn. 19), 113 f.; FEZER (Fn. 5), 272.

<sup>21</sup> SLKE vom 2. Juli 1998, sic! 1999, 207, E.II.2, «SW-Werbekampagne», m.w.H.

<sup>22</sup> Erinnert sei an die Benetton-Kampagne in den 90er-Jahren und die Entscheide des BVerfG zu «H.I.V. POSITIVE» im Beschl. vom 6. Juli 1995 (= AfP 1995, 599), erneut im Beschl. vom 11. März 2003 (= AfP 2003, 149). Zum Ganzen (anstelle vieler) A. BAUMBACH / W. HEFERMEHL, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., München 2001, 1 Rn. 187b; FEZER (Fn. 5), 266 ff. und SENN, Kommerzielle Äusserungen (Fn. 19), 114 (je m.H. zu den verschiedenen Entscheiden).

<sup>23</sup> Kommerzielle Kommunikation (Werbung) geniesst nicht nur den Schutz dieser beiden Grundrechte (vgl. dazu M. CH. SENN, Werberecht, in: U. Grüter / M. Schneider / M. Ch. Senn (Hg.), kommunikationsrecht.ch, Zürich 2007, 116), sie ist auch Teil der Kreativwirtschaft (vgl. Schlussfolgerungen des EU-Rates vom 24. Mai 2007 zum Beitrag des Kultur- und Kreativbereichs zur Verwirklichung der Ziele der Lissabon-Strategie (2007/C 311/07), ABl. C 311 vom 21. Dezember 2007, 7).

<sup>24</sup> Nämlich beispielsweise Printmedien, elektronische Medien, Plakate, Kino, Internet.

*g) Art des beworbenen Produktes*

Schliesslich ist auch die Art des beworbenen Produktes zu berücksichtigen. Eine Werbung beispielsweise für ein Auto unterliegt selbstredend anderen Aspekten als für Damenunterwäsche. Die Art des Produkts leitet letztlich wieder über zur Frage des Zielpublikums, womit sich der Kreis schliesst und die dort erwähnten Kriterien ebenfalls zu beachten sind.

Aus diesen Ausführungen sollte hervorgegangen sein, dass bei der Beurteilung werblicher Aussagen eine ganze Reihe unterschiedlicher Kriterien zu berücksichtigen sind. Ihre Gewichtung hängt vom Einzelfall ab und unterliegt letztlich – innerhalb der beschriebenen Vorgaben – dem Ermessen der urteilenden Instanz.

\* Prof. Dr. iur., Vizepräsident der SLK, Zürich.