

Besprechung / Compte rendu

La Publicité Choquante

RAPHAËL ARN

Vers une nouvelle dimension du droit de la concurrence déloyale?

– Etude des droits allemand, finlandais, norvégien, français et suisse

Helbing & Lichtenhahn, Basel 2001, 371 Seiten, CHF 72.–, ISBN 3-7190-1951-9

Vor kurzem entschied der deutsche Bundesgerichtshof erneut darüber, ob die Herausgeberin der Illustrierten «Stern» durch den Abdruck der Anzeige «H.I.V. Positive», mit welcher die Firma Benetton für sich geworben hatte, wettbewerbswidrig gehandelt hatte (Urteil des BGH vom 6. Dezember 2001, I ZR 284/00). Die Werbung zeigt auf einer Doppelseite den oberen Teil eines menschlichen Gesässes, dem rechts in breiter, blauer Schrift der Stempel «H.I.V. Positive» aufgedrückt ist. Etwas abgesetzt von diesem Stempelaufdruck befinden sich – mit einem rechteckigen grünen Feld unterlegt – die in weisser Schrift gesetzten Worte «United Colors Of Benetton». Das Bundesverfassungsgericht hatte ein erstes Urteil des Bundesgerichtshofes Ende 2000 aufgehoben und zur erneuten Prüfung zurückverwiesen. Nun hat der Bundesgerichtshof aber daran festgehalten, dass diese Anzeige sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG sei und nicht den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit genieße, weil sie die Menschenwürde AIDS-Kranker verletze. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes würden die Voraussetzungen, unter denen sich Leistungswettbewerb entfalten könne, wesentlich beeinträchtigt, wenn Werbetreibende vermehrt dazu übergingen, den Kampf um die Aufmerksamkeit der Verbraucher in der Art der beanstandeten Anzeige zu führen und so ihren Vorteil auf Kosten derjenigen Wettbewerber zu suchen, die das im Wettbewerb unabdingbare Mass an Achtung vor Anderen und ihren verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter bewahren.

Dieser Art Werbung hat sich auch der Autor des hier zu besprechenden Werkes angenommen. In seiner Dissertation aus dem Jahre 2001 widmet er sich dem Phänomen sogenannter schockierender Werbung, welche wir insbesondere durch die Werbekampagne der Firma Benetton kennen. Für den Autor war dieses Werbephänomen Anlass zur Frage, ob sich damit für das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) eine neue Dimension eröffne. Die Abhandlung dieser Frage beginnt der Autor mit einem historischen Streifzug zur Entwicklung der Werbung und erläutert, dass Werbung ein elementarer Bestandteil der Marktwirtschaft ist. Heute kann die Tendenz festgestellt werden, dass sich die Werbeinhalte immer mehr vom eigentlichen Produkt entfernen. Die gefühlsorientierte Werbung geht oft so weit, dass keinerlei Bezug zu einem Produkt mehr erkennbar ist. Als extremstes Phänomen dieser gefühlsorientierten Werbung präsentiert sich die schockierende Werbung im Stile der Firma Benetton, welche einzig darauf angelegt ist, allgemeine Aufmerksamkeit zu erwecken.

Der Begriff «schockierende Werbung» stammt aus Deutschland. Er tauchte Anfang der neunziger Jahre erstmals in der Presseberichterstattung zur Werbekampagne der Firma Benetton auf. Unter dem Gesichtspunkt des Lauterkeitsrechts haben sich in der Folge auch die deutschen Juristen intensiv des Themas angenommen. Diese Autoren sind jeweils davon ausgegangen, dass es sich hier um eine neue Art der Werbung handle. Schockierende Werbung kann definiert werden als Werbung, die Themen aufgreift ohne objektiven Bezug zum beworbenen Produkt oder werbenden Unternehmen, und die darauf angelegt ist, beim Konsumenten heftige Reaktionen hervorzurufen, um die Bekanntheit des werbenden Unternehmens zu steigern. Nach diesen allgemeineren Ausführungen analysiert ARN die Werbung der Firma Benetton und die Reaktionen darauf. Die Reaktionen waren offenbar von Land zu Land sehr verschieden. Das Ziel, Aufmerksamkeit zu wecken, wurde auf jeden Fall erreicht. Die Verkaufszahlen hingegen sind nicht gestiegen. In einzelnen Ländern sollen sie sogar gesunken sein.

Der Autor untersucht die verschiedenen Faktoren, welche die Kaufentscheidung eines Konsumenten beeinflussen. Im Rahmen dieser Prüfung kommt er zum Schluss, dass schockierende Werbung keinen direkten Einfluss auf die Kaufentscheidung eines Konsumenten hat. In einem längeren Kapitel analysiert ARN dann die ökonomische Bedeutung der Werbung und die verschiedenen Erscheinungsformen. Er gelangt gestützt darauf zur Schlussfolgerung, dass aggressive Werbemethoden und schockierende Werbung auseinander zu halten sind. Schockierende Werbung muss nicht unbedingt auch eine aggressive Werbemethode darstellen.

Der folgende rechtliche Teil der Arbeit beschäftigt sich mit dem Lauterkeitsrecht in Deutschland, Frankreich, Finnland, Norwegen und der Schweiz. In Deutschland sind bereits im Jahre 1992 erste Entscheide zur schockierenden Werbung ergangen. Wie auch der neueste Entscheid bestätigte, fällt die schockierende Werbung als Verstoss gegen die guten Sitten unter die Generalklausel. Nach Ansicht des Autors ergibt die Analyse der deutschen Entscheidungen, dass die schockierende Werbung eine neue Dimension für das UWG bedeutet. Die deutschen Gerichte haben eine Verletzung des UWG angenommen, ohne dabei in Erwägung zu ziehen, ob das beanstandete Verhalten einen Einfluss auf den Markt hat. Dasselbe kann in Finnland und Norwegen festgestellt werden, wo das UWG traditionellerweise auch klares Konsumentenschutzrecht ist. In Frankreich präsentiert sich die Lage etwas schwieriger. Unlauteres Verhalten bedingt nach wie vor ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Kläger und Beklagtem. Schockierende Werbung trifft aber in der Regel den Konsumenten. Dieser hat im französischen Lauterkeitsrecht aber kein Klagerecht. Dafür bietet das französische Konsumentenschutzrecht vereinzelt Handhabe gegen schockierende Werbung.

In der Schweiz fällt auf, dass sich weder Lehre noch Rechtsprechung mit der schockierenden Werbung befassen. Nach Ansicht des Autors handelt es sich auf jeden Fall nicht um eine Form der aggressiven Werbung im Sinne von Art. 3 lit. h UWG, da die schockierende Werbung nicht direkt auf den Verkauf eines Produktes zielt und auch den Konsumenten in seinem Handlungsspielraum nicht beeinträchtigt. ARN setzt sich auch mit der Frage auseinander, ob Art. 3 lit. h UWG überhaupt auf Werbung anwendbar ist, da der Gesetzeswortlaut nur aggressive Verkaufsmethoden erfasst. Er geht davon aus, dass einzig reine Verkaufsmethoden – Handlungen, die sich an einen konkreten einzelnen Konsumenten richten – unter Art. 3 lit. h UWG fallen, weil das Parlament den Begriff «Werbung» – Handlungen, die sich in unpersönlicher Art und Weise an die Allgemeinheit der Konsumenten richten – ausdrücklich aus dem Gesetzesentwurf gestrichen hat. Der Verfasser gelangt zum Schluss, dass schockierende Werbung deshalb nicht unter Art. 3 lit. h UWG fallen kann. Anwendbar ist höchstens die Generalklausel. Schockierende Werbung ist nicht irreführend, schafft keine Verwechslungsgefahr und beeinflusst den Konsumenten auch nicht in der Freiheit seiner Kaufentscheidung. Nach Ansicht von ARN fragt sich sogar, ob schockierende Werbung tatsächlich einen Einfluss auf das Verhältnis zwischen Mitbewerber oder zwischen Anbieter und Abnehmer im Sinne von Art. 2 UWG hat, und ob deshalb das UWG überhaupt Anwendung findet. Der Autor bejaht diese Frage mit dem Hinweis, dass schockierende Werbung das Ziel habe, die Bekanntheit eines Unternehmens zu steigern. Dadurch werde das Verhältnis zwischen Anbieter und Konsument beeinflusst, weshalb das UWG anwendbar sei.

ARN zieht folgendes Fazit seiner Untersuchungen: Die schockierende Werbung ist eine neue Art unlauteren Verhaltens, welche sich nicht in bisherige UWG-Kategorien einordnen lässt, da die schockierende Werbung nicht direkt auf ökonomische Interessen zielt. In der Beurteilung der schockierenden Werbung dürfen nach Ansicht des Autors deshalb auch nicht bloss ökonomische Kriterien beigezogen werden, um zu entscheiden, ob eine solche Werbung lauter oder unlauter sei. Nach Ansicht des Verfassers haben die menschliche Würde und das Diskriminierungsverbot im UWG ein zu geringes Gewicht. Unter der bisherigen Rechtslage und Rechtsprechung zum UWG würden deshalb nur wenige Beispiele schockierender Werbung als unlauter beurteilt. Der Autor sieht darin ein Defizit des UWG. Er verlangt generell eine Öffnung des UWG auch für nicht rein kommerzielle Interessen. Er schlägt deshalb eine Änderung des Wortlautes der Generalklausel vor, mit welcher klargelegt werden soll, dass neben den rein ökonomischen Interessen auch die Prinzipien der menschlichen Würde und das Verbot der Diskriminierung geschützt sein sollen. Die ausführliche Arbeit wird ergänzt durch einen Anhang mit Auszügen der gesetzlichen Grundlagen der behandelten Rechtsordnungen, einem übersichtlichen Inhaltsverzeichnis sowie einem hilfreichen Entscheid- und Stichwortregister.

Die Forderung von ARN, im UWG vermehrt nicht ökonomische Interessen zu berücksichtigen, steht der heutigen Tendenz entgegen, das UWG funktional anzuwenden und auszulegen. In der Lehre sind vermehrt Stimmen wahrnehmbar, welche sich dagegen wehren, dass das UWG einen abstrakten

Schutz von Geschäftsmoral oder Treu und Glauben sicherstellen soll. Der Autor hat sich nur wenig mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit seine Forderung nach einer Ausdehnung der Anwendbarkeit des UWG mit den Grundzügen des UWG vereinbar ist. Das UWG bezweckt den Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen. Inwieweit schockierende Werbung eine solche Verfälschung darstellen soll, hat der Verfasser nicht untersucht. Es fragt sich tatsächlich, ob das UWG Anwendung finden soll, wenn eine Werbung moralisch fragwürdig ist, ohne aber direkte ökonomische Auswirkungen zu haben. Es fragt sich auch, ob es nicht genügt, wenn schockierende Werbung im Stile der Firma Benetton danach beurteilt wird, ob sie die Persönlichkeitsrechte nach ZGB verletzt oder strafrechtliche Tatbestände wie das Diskriminierungsverbot von Art. 261bis StGB erfüllt. Auf jeden Fall müsste genauer untersucht werden, ob das Erzielen erhöhter Aufmerksamkeit alleine genügt, um das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern im Sinne von Art. 2 UWG zu beeinflussen. Da die fragliche Benetton-Werbung von der deutschen Werbebranche offenbar mehrheitlich als kontraproduktiv beurteilt wird, ist zudem anzunehmen, dass das Phänomen der schockierenden Werbung in der Werbepaxis trotz gesättigter Märkte wenige Nachahmer finden wird.

RA Dr. iur. Marc Schwenninger, LL.M., Zürich