

Z

hdk

Zürcher Hochschule der Künste
Zentrum für Kulturrecht

Tagung FEA vom 1.2.2018
Fake News: Wahrheit, Halbwahrheit oder Lüge?

**Lauterkeitsrecht im Zeitalter von Falschinformationen:
glaubwürdig irreführt?**

Mischa Senn

Prof. Dr. iur.
Vizepräsident/Fachexperte SLK, Handelsrichter HGer ZH
Zentrum für Kulturrecht (ZKR) / ZHdK

A. Grundlagen – Begriffe

- kommerzielle Kommunikation/Werbung
- Zustands-/Beurteilungsprädikate
- Wahrnehmungs-/Äusserungsprädikate

B. Anwendung

- Allgemeine Grundsätze
- Tatbestände des Lauterkeitsrechts (Auswahl)
- Vorgehen bei der rechtlichen Beurteilung

C. Fälle

- «Kandidat einer Pleite» (HGer)
- «ZürichExpress c. 20 Minuten» (SLK)
- «Preis-Leistungsverhältnis» (SLK)
- «Bernina» (BGer)

Grundlagen - Begriffe (I)

Kommerzielle Kommunikation ≈ Werbung

- «jede Massnahme von Konkurrenten oder Dritten, die eine Mehrheit von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Waren, Werken, Leistungen oder Geschäftsverhältnissen zum Zweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflussen.» (SLK-GS 1.2)

- In Form von Werbung, PR, Direktmarketing, Sponsoring etc. (SLK-GS 1.3)

Prämisse:

«Die Werbung arbeitet unaufrichtig und setzt voraus, dass das vorausgesetzt wird.»
(Niklas Luhmann, Die Realität der Massenmedien, 1996)

Zustands-/Beurteilungsprädikate

(Annäherungen)

WAHR

Wahrheit:

Übereinstimmung (Adäquanz) der Äusserung *mit dem Sachverhalt*

Wahrhaftigkeit:

Übereinstimmung der Äusserung *mit dem Gedanken*

Wirklichkeit (reale):

von der (subjektiven) Wahrnehmung unabhängig Bestehendes

Medienrealität:

dargestellte Wirklichkeit in den Medien

Werberealität:

dargestellte Wirklichkeit in der kommerziellen Kommunikation

NICHT-WAHR

Falschheit:

Nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmend (Gegensatz zu Wahrheit)

Falschaussagen:

grundsätzlich: Vermitteln des Eindrucks einer realen Existenz (das *Fingierte*)

- Falschinformation (Desinformation):

gezielte Verbreitung von falscher Information
(allg. Umschreibung)

- Fake News:

In manipulativer Absicht *medial* verbreitete Falschmeldung
(meist über gesellschaftliche Ereignisse)

Lüge:

willentliche Äusserung einer Unwahrheit
im strafrechtlichen Jargon: «wider besseres Wissen» (Verleumdung, StGB 174)

Wahrnehmungs-/Äusserungsprädikate

Glaube:

Gefühlsmässige unbedingte Gewissheit, Fürwahrhalten, nicht von Fakten bestimmt

Wissen:

Kenntnis über einen realen (äusseren) Sachverhalt (objektive Gewissheit)

Meinung/Meinungsäusserung:

Meinung: Überzeugung, Dafürhalten, Wertung (korrespondiert mit Wahrhaftigkeit)

Meinungsäusserung: subjektive, wertende Äusserung

Tatsache/ Tatsachenbehauptung:

Tatsache: realer Sachverhalt (korrespondiert mit Wahrheit)

Tatsachenbehauptung:

Behaupten des Vorliegens einer Tatsache, eines "erstellten" Sachverhalts

=> *wahr*, wenn zutreffend/richtig (adäquat, faktentreu)

=> *unwahr*, wenn falsch/unrichtig

Anwendung / Allgemeine Grundsätze (I)

Lauterkeitsrecht

- erfasst das **Verhalten** *aller* Marktteilnehmer («Beteiligte», UWG 1)
- Verhalten soll sich nach der *Maxime von Treu und Glauben* im Geschäftsverkehr richten:
 - => Gute Sitten (im Geschäftsverkehr)
 - => Fairness (fair = redlich, lauter)

Werberecht (Teil des Lauterkeitsrechts)

erfasst

- den **Auftritt** sowie das **Verhalten** der *Anbieter* (Unternehmen)
- die **Bewerbung** der Produkte (= Waren und Dienstleistungen)

Allgemeine Grundsätze (II)

Lauterkeitsrechtliche *Gebote*

Wahrheit/Richtigkeit

Werbung muss grundsätzlich wahr sein; Angaben müssen stimmen, d.h. richtig sein (siehe aber Unterscheidung Meinungsäußerung – Tatsachenbehauptung)

Klarheit

Werbung muss klar sein, d.h. unmissverständlich

Vollständigkeit

- Unvollständige Angaben können irreführend oder täuschend sein – insofern falsch
- Angaben oder Aussagen müssen *nachvollziehbar* sein

Allgemeine Grundsätze (III)

Lauterkeitsrechtliche **Verbote**

Verhalten des Anbieters:

- **Täuschung**

= Verletzung des Wahrheitsgebots

UWG 2 (Generalklausel) und UWG 3.1.i (unrichtige Angaben zu Beschaffenheit)

- **Irreführung**

= Verletzung des Klarheitsgebots

UWG 3.1.a (Herabsetzung), UWG 3.1.e (unlautere Vergleiche)

SLK-GS 3.5.2 (Irreführende Äusserungen)

SLK-GS 3.6 (Werbung mit Selbstverständlichkeiten)

Wirkung beim Konsumenten:

- **Verwechslung**

Irreführung und *Täuschung* können zu Verwechslungen beim DSK führen und zwar hinsichtlich der Unternehmen oder der Produkte

UWG 2 ("Täuschung")

=> es genügt die Verwechslungs*gefahr*

Tatbestände des Lauterkeitsrechts (I)

Grundsatz

UWG 2 (Generalklausel):

«Unlauter und widerrechtlich 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**.»

SLK-GS 1.1 (Geltungsbereich):

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

b) Kommerzielle Kommunikation soll rechtmässig, wahrheitsgetreu und nicht diskriminierend sein sowie den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr entsprechen.»

Tatbestände des Lauterkeitsrechts (II)

Spezialtatbestände

Herabsetzung (UWG 3.1.a):

«Unlauter handelt, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen **herabsetzt**.»

Vergleichende Werbung

UWG 3.1.e:

«Unlauter handelt insbesondere, wer sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen **vergleicht** oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt.»

SLK-GS 3.5:

«Vergleichende Werbung gilt als unlauter, sofern sie mittels unrichtiger, irreführender oder unnötig verletzender Äusserungen oder in unnötig anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen **vergleicht**.»

Vorgehen bei der rechtlichen Beurteilung (I)

Anwendungsregeln (SLK-GS 1.1.2):

«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»*

Vorgehen bei der rechtlichen Beurteilung (II)

Erforderliches Rezeptionsverständnis

Zwei Schritte:

1. angesprochenes *Zielpublikum* (massgebender Personenkreis/Adressatenkreis)

2. *Verständnishorizont* des eben eruierten Zielpublikums:

=> Leitbild eines Durchschnittskonsumenten (DSK):

«informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher»

m.a.W.: *der durchschnittlich intelligente Konsument*

- unbestimmter Rechtsbegriff

d.h. es findet eine normative Setzung statt (Rechtsfrage, keine Tatfrage)

Fall «Kandidat einer Pleite» (HGer)

Sachverhalt:

Aus einem Schreiben der Beklagten an ihre Kunden:

(1) «Die Klägerin (...) verbreitet in der Branche das Gerücht, die Beklagte (...) sei der nächste Kandidat einer Pleite.»

(2) Die Kreditempfehlung von C (Beratungsunternehmen) für die Beklagte «ist wesentlich höher als diejenige der meisten Konkurrenten und namentlich höher als diejenige der Klägerin (...).»

Erwägungen:

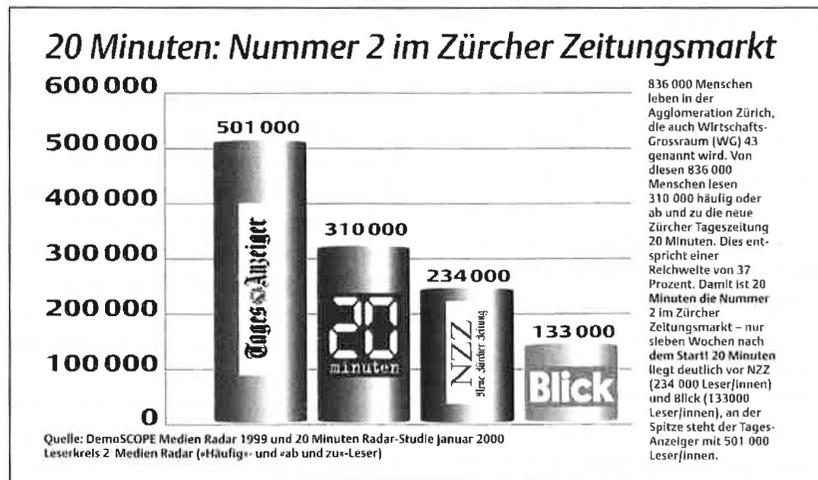
(1) Keine qualifizierte Herabsetzung, da auf die Beklagte selbst bezogen
=> keine Verletzung von UWG 3.1.a (Herabsetzung)

(2) Vergleich weder unrichtig, noch irreführend, noch unnötig herabsetzend, da zutreffend
=> keine Verletzung von UWG 3.1.e (Vergleich)

=> keine Falschmeldungen

Fall «ZürichExpress c. 20 Minuten» (SLK)

Sachverhalt: Werbung von «20 Minuten»



Aus den **Erwägungen:**

- «Bei einem werblichen Vergleich sind die relevanten Daten einzubeziehen und kenntlich zu machen. Das ist u.a. dann nicht der Fall, wenn der Hauptkonkurrent [= ZürichExpress] gar nicht erwähnt wird.»
- «Werden die für eine Studie erforderlichen Qualitätsstandards hinsichtlich einer vergleichenden Reichweitenuntersuchung nicht eingehalten, kann dadurch der Tatbestand der Täuschung erfüllt werden.»

=> Falschinformation durch Unvollständigkeit

Fall «Preis-Leistungsverhältnis» (SLK)

Sachverhalt:

Werbeprief eines Unternehmens an ehemalige Vertragskunden:

«(...) Wir wissen aber auch, dass keiner ein annähernd gleich gutes Preis-Leistungsverhältnis bietet [wie wir].»

Aus den **Erwägungen**:

- «Alleinstellungswerbung ist zulässig, wenn sie die im Lauterkeitsrecht auch sonst geltenden Grundsätze der Richtigkeit bzw. Wahrheit, Klarheit und Fairness (Treu und Glauben) berücksichtigt. Tatbestandsmässig ausgedrückt bedeutet das, dass die Alleinstellungswerbung richtig, nicht irreführend und nicht diskriminierend sein muss bzw. darf.»
- «Eine Alleinstellungswerbung erhebt grundsätzlich den Anspruch auf objektive Richtigkeit und stellt eine Tatsachenbehauptung dar, während die reklamehafte Übertreibung der Kategorie der Meinungsäußerung zuzuordnen ist.»
- «Die Alleinstellungswerbung als Tatsachenbehauptung ist im Sinne von UWG 13a bzw. SLK-GS 1.8 und SLK-GR 14.3 zu verifizieren. Gelingt dies nicht, dann ist eine Werbung als unlauter zu qualifizieren.»

=> Falschinformation durch unrichtige (und nicht verifizierte) Aussage

Fall «Bernina» (Bundesgericht, BGE 117 IV 193 [Strafverfahren, UWG 23])

Sachverhalt:

Aussage eines Vertreters der Nähmaschinen Pfaff und Elena in einem Zeitungs-interview:
«Die neuen Bernina-Modelle sind bei ihrem Erscheinen auf dem Markt schon wieder überholt.»

Aus den **Erwägungen:**

- Anwendbarkeit des UWG auf Dritte (Leitentscheid):

«Verhalten» (gemäss UWG 2) betrifft auch *Medien*:

«Medien (...) können im Übrigen ein Unternehmen unter Umständen weit schwerer treffen, als dies ein Konkurrent tun könnte.»

- Die Aussage ist objektiv unrichtig.

- Lauterkeitsrechtlich relevant war hier der Umstand, dass die Zeitung dem Bernina-Unternehmen keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Vorwurf einräumte (journalistische Sorgfaltspflicht).

=> Falschinformation durch Medien wg. objektiver Unrichtigkeit der Aussage
(Herabsetzung, UWG 3.1.a)

Z

hdk

Zürcher Hochschule der Künste
Zentrum für Kulturrecht

Schluss

Danke!

Mischa Senn

Zentrum für Kulturrecht (ZKR), www.zkr.ch / mischa.senn@zhdk.ch

Links zu Dokumenten:

- Referat: <https://www.zhdk.ch/referate-6451>
- SLK-GS: <https://www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2013/09/Grundsätze.pdf>
- SLKE «ZürichExpress» und «Preis-Leistungsverhältnis»: <https://www.zhdk.ch/dokumentationen-3517>
- Anwendungsregeln (Aufsatz): <https://www.zhdk.ch/dokumentationen-3517>