

---

Schriften zur Rechtspsychologie

Band 10

**Diskriminierung – Wahrnehmung und Unterbrechung**

---

# Diskriminierung – Wahrnehmung und Unterbrechung

Herausgegeben von

**Mischa Senn und Adelheid Kühne**



Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

Gesamtherstellung:  
Stämpfli Publikationen AG, Bern  
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-9657-4

---

## Inhaltsübersicht

### Historische und theoretische Perspektiven

- A. Soziale Macht, Machtmissbrauch und Diskriminierungen – eine sozialpsychologische Analyse**  
ADELHEID KÜHNE ..... 13
- B. Sexuelle Übergriffe in Betrieben, Unternehmen und Verwaltungen**  
BRIGITTE TAG..... 35
- C. Get Her! Please Him, Please Her!  
Sprachen der Pornografie im Spiegel kritischer Diskurse**  
ELISABETH HOLZLEITHNER..... 61

### Gegenwärtige Interventionen

- D. Diskriminierende Werbung**  
MISCHA SENN ..... 85
- E. Sexistische Werbung – Absichten, Projektionen und Reaktionen**  
DORE HEIM..... 105
- F. Kritische Wiederholung: Verdoppelung oder Unterbrechung**  
NANNA LÜTH und WIEBKE TRUNK ..... 123
- G. Kunst vermitteln in Machtverhältnissen – Wahrnehmen und Handeln**  
CARMEN MÖRSCH/NORA LANDKAMMER/SANDRA ORTMANN/  
HANSEL SATO/KEA WIENAND ..... 143

---

## **D. Diskriminierende Werbung**

MISCHA SENN

## Inhaltsübersicht

|      |  |     |
|------|--|-----|
| I.   | Einleitung .....   | 87  |
| II.  | Diskriminierende Werbung .....                             | 88  |
|      | 1. Übersicht .....   | 88  |
|      | 2. Zu den Begriffen Diskriminierung und Herabsetzung ..... | 88  |
|      | 3. Tatbestände diskriminierender Werbung .....             | 89  |
|      | a. Allgemeines .....                                       | 89  |
|      | b. Die Menschenwürde verletzende Werbung .....             | 90  |
|      | c. Rassendiskriminierende Werbung .....                    | 91  |
|      | d. Geschlechterdiskriminierende Werbung .....              | 92  |
|      | e. Religionsdiskriminierende Werbung .....                 | 92  |
|      | f. Politische Überzeugungen diskriminierende Werbung ..... | 93  |
|      | g. Das Sittlichkeitsempfinden verletzende Werbung .....    | 94  |
|      | h. Herabsetzende Werbung .....                             | 96  |
| III. | Durchsetzbarkeit.....                                      | 97  |
| IV.  | Beurteilungskriterien .....                                | 97  |
|      | 1. Grundlagen .....  | 97  |
|      | 2. Anmerkungen .....                                       | 99  |
|      | a. Verständnis der Zielgruppe .....                        | 99  |
|      | b. Gesamteindruck.....                                     | 99  |
|      | c. Grundaussage .....                                      | 100 |
|      | d. Vergleich zur dargestellten Wirklichkeit .....          | 101 |
|      | e. Charakter des Mediums.....                              | 102 |
|      | f. Art des beworbenen Produkts .....                       | 102 |
|      | g. Gesamtbeurteilung .....                                 | 102 |
|      | Literaturverzeichnis .....                                 | 103 |

## I. Einleitung

Man spricht häufig von herabsetzender und meint damit diskriminierende Werbung. Dabei handelt es sich aber um zwei verschiedene Tatbestände, weshalb dieser Beitrag versucht, die unterschiedlichen Arten diskriminierender Werbung zu systematisieren und die Besonderheiten der einzelnen Fallgruppen aufzuzeigen. Entsprechend werden neben der eigentlichen herabsetzenden Werbung die Diskriminierungstatbestände allgemeiner Art dargelegt.<sup>1</sup> Diese betreffen beispielsweise Werbung, welche die Menschenwürde, religiöse Überzeugungen oder das Sittlichkeitsempfinden verletzt. Auch wenn die Zahl ergangener Gerichtsentscheide dazu relativ gering ist<sup>2</sup>, ist deren Bedeutung gerade in Zeiten des steten Wertewandels nicht zu unterschätzen.

Immerhin hat sich neben staatlichen Gerichten auch eine andere Instanz mit solchen Fällen zu befassen, weshalb in diesem Beitrag die Rechtsprechung der Schweizerischen Lauterkeitskommission<sup>3</sup> besondere Erwähnung erhält.

Bei der Beurteilung solcher Fälle stellt sich im Besonderen die Frage, nach welchen *weiteren* Kriterien zu entscheiden ist. Nebst der Prüfung des Vorliegens der jeweiligen Tatbestandsmässigkeit sind somit – wie bei kommerzieller Kommunikation (d.h. werblicher Äusserungen<sup>4</sup>) generell – Gesichtspunkte wie der Rezeption und des Verständnishorizontes des massgebenden Publikums zu berücksichtigen. Die Darlegung dieser Kriterien ist Gegenstand des letzten Abschnittes dieses Beitrags.

---

<sup>1</sup> Der Beitrag ist komplementär aufgebaut. Die in diesem Textbeitrag nicht dargestellten Beispiele und Fälle finden sich als PDF-Datei unter [www.zkr.ch](http://www.zkr.ch) > Publikationen.

<sup>2</sup> Und entsprechend auch die einschlägige Literatur.

<sup>3</sup> Zum Status und Verfahren der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK) vgl. BRUNNER, 1 ff., und SENN, SLK, 697 ff. (je m.w.H.).

<sup>4</sup> Vgl. zu diesem Begriff den Grundsatz 1.1 der SLK und SENN, Kommerzielle Äusserungen, 111 f.

## II. Diskriminierende Werbung

### 1. Übersicht

Um die Einzelfälle diskriminierender Werbung darlegen zu können, gilt es zuerst, die Begriffe Diskriminierung und Herabsetzung zu beschreiben, um anschliessend die einzelnen Diskriminierungstatbestände aufzuzeigen. Daran anschliessend werden auch kurz die Fragen der (Nicht-)Durchsetzbarkeit bestimmter lauterkeitsrechtlicher Bestimmungen angesprochen.

Die Werbung verstanden als Wirtschaftswerbung ist Teil der *kommerziellen Kommunikation*, welche man in einer Kurzformel beschreiben kann als Versuch einer Beeinflussung durch den Anbieter, die Abnehmer zugunsten seiner Produkte zu gewinnen.<sup>5</sup>

### 2. Zu den Begriffen Diskriminierung und Herabsetzung

Werberechtlich zu unterscheiden sind die Begriffe Diskriminierung und Herabsetzung. Entsprechend wird hier *Diskriminierung* als übergeordneter Grundbegriff in dem Sinne verstanden, als sie jede Art von ungerechtfertigten benachteiligenden Handlungen oder Äusserungen gegenüber einem offenen Personenkreis erfasst.<sup>6</sup> Demgegenüber bezieht sich die *Herabsetzung* in lauterkeitsrechtlicher<sup>7</sup> Hinsicht grundsätzlich auf den Mitbewerber<sup>8</sup> und wird umschrieben als Verhalten oder Äusserung, welche auf das Bild dieses Wettbewerbsteilnehmers eine negative Wirkung zur Folge hat. In diesem Sinne weist die Herabsetzung eine gewisse Analogie zu persönlichkeitsverletzenden Äusserungen auf.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> SENN, *Werberecht*, 113 (mit Hinweis auf die umfassende Definition der kommerziellen Kommunikation).

<sup>6</sup> Diesen Begriff einschränkend verwendend auf die lauterkeitsrechtlichen Tatbestände vgl. BAUMBACH/HEFERMEHL, § 1 Rz. 301, und HEFERMEHL/KÖHLER/BORNKAMM, *UWG* § 4 Rz. 10.208.

<sup>7</sup> Nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist die wettbewerbsrechtliche Diskriminierung gemäss Kartellrecht, vgl. dazu beispielsweise STOFFEL, Rz.1.32.

<sup>8</sup> SENN, *Geschlechterdiskriminierungen* 1468 (m.w.H.); ferner SENN, *Werberecht*, 118; a.A. BAUDENBACHER, 3 lit. a N 11.

<sup>9</sup> DAVID/JACOBS, Rz. 152; siehe auch PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 5.04; BAUDENBACHER, 3 lit. a N 7; BGE 122 IV 33 E.2.c.



### 3. Tatbestände diskriminierender Werbung

#### a. Allgemeines

Wie oben schon ausgeführt, steht diskriminierende Werbung als Oberbegriff für eine Anzahl von Einzeltatbeständen. So gesehen lässt sie sich auch als «eigenständige Fallgruppe»<sup>10</sup> bezeichnen. Im Gegensatz zum Sondertatbestand der herabsetzenden Werbung richten sich die anderen Einzeltatbestände nicht an einen konkreten Wettbewerbsteilnehmer, vielmehr können hierbei die Rechte einer Personengruppe verletzt werden. Diskriminierende Werbung kann somit allgemeine, nicht spezifisch lauterkeitsrechtliche Tatbestände berühren; sie tangiert dabei Aspekte der Sittlichkeit. Entsprechend wird hier die werberechtlich relevante Unterscheidung zwischen *Sittenwidrigkeit* als Unterfall des Grundsatzes von Treu und Glauben und *Sittlichkeit* als übergeordnetem, moralrechtlichem Gebot getroffen.<sup>11</sup>

Betrachtet man die Diskriminierung allgemeiner und im Licht eines verfassungsrechtlichen Verständnisses, so befasst sie sich unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes mit Aspekten wie der Rassenzugehörigkeit, der Geschlechterfrage und der Religionsüberzeugung. Diese Tatbestandselemente von Art. 8 Abs. 2 BV können auch mit dem Begriff der *persönlichen Merkmale*<sup>12</sup> von Personen bezeichnet werden.

Diese Elemente sollen nachfolgend dargelegt werden, um abschliessend noch auf Spezialtatbestände auf gesetzlicher Stufe zu sprechen zu kommen. Vorausgehend ist jedoch die verfassungsrechtliche Grundbestimmung, nämlich die Menschenwürde, in Erinnerung zu rufen.

Die Thematik der Wirkung verfassungsrechtlicher und privatrechtlicher Bestimmungen und ihrem Verhältnis zueinander sowie ihrer Anwendbarkeit auf konkrete Ansprüche kann hier nicht weiter behandelt werden, weshalb auf die Ausführungen zu den Theorien der Drittwirkung zu verweisen ist.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> FEZER, 266, und WASSERMEYER, 36 und 174 ff.

<sup>11</sup> Also mehr im Sinne des philosophischen Verständnisses zu diesem Begriff, vgl. auch SENN, Geschlechterdiskriminierungen, 1468 (m.w.H.) sowie WASSERMEYER, 27.

<sup>12</sup> Vgl. auch SCHWEIZER, 8 Rz. 55 ff.; WEBER-DÜRLER, 41 Rz. 24 und Fn. 86.

Im datenschutzrechtlichen Sinne sind das *besonders schützenswerte Personendaten* (Art. 3 lit. c DSGVO).

<sup>13</sup> Siehe dazu FEZER, 267, und SENN, Grundrechtskollisionen, 341ff. (je mit w.H.).

## b. Die Menschenwürde verletzende Werbung

Die *Menschenwürde* als innerhalb der Grundrechte stehendes Leitprinzip ist gleichzeitig auch ein eigenständiges, anspruchsbegründendes und justiziables Individualrecht.<sup>14</sup> Der Individualrechtsstatus ergibt sich auch daraus, als dass die Menschenwürde in einigen Gesetzesbestimmungen ein zentrales Rechtsgut darstellt, beispielsweise im Rassen-diskriminierungsverbot.<sup>15</sup> Die Menschenwürde gemäss Art. 7 BV anerkennt die Würde des Menschen «im Sinne des Respekts, der Wertschätzung und der Achtung seiner Individualität und Einzigartigkeit».<sup>16</sup>

Werbung kann durchaus die Würde des Menschen verletzen. Das wird namentlich dann der Fall sein, wenn es sich um Image-Werbung handelt, die erklärermassen von Produkten<sup>17</sup> losgelöst ist und sich beispielsweise mit gesellschaftlichen oder gesellschaftspolitischen Fragen auseinandersetzt.<sup>18</sup> Ein prägendes Anschauungsbeispiel war die Benetton-Kampagne mit Bildern von Oliviero Toscani in den 90er Jahren, die einerseits eine Flut von Rechtsfällen provozierte, andererseits einen nachhaltigen Verständniswandel in der Beurteilung von Werbeaussagen bewirkte.<sup>19</sup>

Eine die Menschenwürde diskriminierende Werbung kann weiter dann vorliegen, wenn Behinderte<sup>20</sup> oder Personen mit Gesundheitsproblemen<sup>21</sup> zum Gegenstand gemacht werden.

Wenngleich in den diversen Gerichtsentscheiden eine Verletzung der Sittlichkeit bzw. der guten Sitten geltend gemacht wurde, ging es in vielen Fällen letztlich um die (behauptete) Entwürdigung des Menschen. Als gesetzliche Sanktionsgrundlage wurde dabei zumeist auf die lauterkeitsrechtliche Generalklausel verwiesen (Art. 2 UWG). Nach deutschem UWG wäre allerdings der Sondertatbestand von § 4 Nr. 1 zu berücksichtigen, wonach diese Bestimmung zum Tragen kommt, soweit eine *menschenverachtende Wettberwerbshandlung* geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu beeinträchtigen. Soweit dies nicht der Fall ist, kann auf die Generalklausel (§ 3 DE-UWG) zurückgegriffen werden.<sup>22</sup>

---

<sup>14</sup> Vgl. SENN, Geschlechterdiskriminierungen, 1458 (m.w.H.).

<sup>15</sup> Art. 261<sup>bis</sup> StGB, vgl. dazu BGE 131 IV 23 E.1.1.

<sup>16</sup> WALDMANN, 167; SENN, Geschlechterdiskriminierungen, 1458 (m.w.H.).

<sup>17</sup> Unter Produkten sind Waren und Dienstleistungen zu verstehen.

<sup>18</sup> Siehe dazu SENN, Kommerzielle Äusserungen, 112 (m.w.H.).

<sup>19</sup> Ausführungen dazu FEZER, 266 ff., und SENN, Kommerzielle Äusserungen, 114 (je mit Hinweisen auf die verschiedenen Entscheide).

<sup>20</sup> Vgl. die Beispiele bei FEZER, 273.

<sup>21</sup> Z.B. dicke Leute.

<sup>22</sup> HEFERMEHL/KÖHLER/BORNKAMM, UWG § 4 Rz. 1.144.

Auch der *Persönlichkeitsschutz* kann bei entsprechend angelegten Werbekampagnen gegenüber konkreten Personen tangiert werden. Dies ist dann zwar auch ein Fall von Diskriminierung, fällt aber nicht unter die lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen, sondern wird aufgrund der zivil- oder strafrechtlichen Normen geahndet, wobei hier die Art. 28 ZGB und Art. 173 ff. StGB zur Anwendung kommen. Immerhin wird eine persönlichkeitsverletzende kommerzielle Äusserung gemäss dem Grundsatz 3.2 Ziff.1 der SLK als unlauter beschrieben.<sup>23</sup>

### c. Rassendiskriminierende Werbung

Kommerzielle Äusserungen können eine rassendiskriminierende Aussage enthalten. Ein schweizerischer Gerichtsfall dazu ist nicht bekannt;<sup>24</sup> im Ausland hingegen war wiederum die Werbekampagne von Benetton Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Namentlich die Abbildung einer schwarzen Frau, die ein weisses Kind stillte, führte zu ganz unterschiedlichen Interpretationen der werblichen Aussage. Dabei wurde von Seiten Betroffener ausgeführt, dass damit das alte kolonialistische Klischee einer schwarzen, dienenden Amme (um nicht zu sagen: Sklavin) verwendet würde.<sup>25</sup>

Einen Fall rassendiskriminierender Werbung stellt die **ausländerdiskriminierende Werbung** dar. Sie liegt dann vor, wenn die Gleichheit oder Gleichwertigkeit eines anderen Staatsangehörigen beeinträchtigt wird.<sup>26</sup> Als Beispiel könnte hier das Verfahren zu einer SVP-Kampagne angeführt werden: Auf deren Plakat zur Abstimmungsvorlage vom Juni 1998 stand der Titel «Kontaktnetz für Kosovo-Albaner Nein». Der Vorwurf lautete, die Gestaltung wirke so, dass als primäre Botschaft die Aussage «Kosovo-Albaner Nein» zu lesen sei.<sup>27</sup>

Wenn diese Kampagne in den elektronischen Medien (also in Radio oder Fernsehen) gezeigt worden wäre, wäre eine Verletzung des Verbots diskriminierender Werbung zu prüfen gewesen, da Herabminderungen

<sup>23</sup> Vgl. den SLKE [= Entscheid der SLK] v. 30.4.1998 E.5 («EMD/SonntagsZeitung»), sic! 1999, 95.

<sup>24</sup> Vgl. auch SCHWENNINGER/SENN/THALMANN, Rz. 358.

<sup>25</sup> Siehe dazu FEZER, 273.

<sup>26</sup> FEZER, 273.

<sup>27</sup> Gegen das Plakat der SVP [Schweizerische Volkspartei] bzw. deren Gestalter wurde eine Strafanzeige erhoben, das OGer ZH bestätigte am 18.12.2002 den Freispruch des BGer ZH, indem darauf abgestellt wurde, dass die politische Kampagne klar erkennbar sei und die Aussage «Kosovo-Albaner Nein» für sich genommen keine Rassendiskriminierung darstelle.

religiöser oder politischer Überzeugungen aufgrund der programmrechtlichen Bestimmungen (Art. 10 Abs. 4 lit. a RTVG) nicht zulässig sind.

Zu sanktionieren ist eine rassendiskriminierende Werbung entweder als Unterfall einer diskriminierenden Werbung aufgrund ihres wettbewerbswidrigen Gehalts und damit nach der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel<sup>28</sup> oder direkt aufgrund der einschlägigen Rassendiskriminierungsverbots-Bestimmung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB)<sup>29</sup>.

#### d. Geschlechterdiskriminierende Werbung

Der häufigste Fall diskriminierender Werbung ist die Geschlechterdiskriminierung gegenüber Frauen. Während Sachverhalte mit stereotypen (weiblichen) Rollenbildern zwar sehr häufig in der Werbung vorkommen, beschränken sich die Beschwerden fast ausnahmslos auf sexistische Werbung,<sup>30</sup> wohl auch deshalb, weil sie am augenfälligsten sind.

Staatliche Regelungen gegen Geschlechterdiskriminierung gibt es keine. Man kann sie einzig unter die UWG-Generalklausel subsumieren. Immerhin gibt es eine Bestimmung im Bereich der werblichen Selbstregulierung,<sup>31</sup> die sich ausdrücklich mit dieser Thematik befasst.<sup>32</sup>

#### e. Religionsdiskriminierende Werbung

Anspielungen in der Werbung auf religiöse Motive oder die Abbildung von religiösen Figuren können bei gegebener Darstellungsart verletzend wirken. Ein Anschauungsbeispiel bietet wiederum die Benetton-Kampagne, diesmal mit dem Motivbild eines Priesters und einer Nonne, die sich küssen; wobei diese Darstellung nicht als diskriminierend gegenüber der religiösen Überzeugung zu beurteilen wäre.<sup>33</sup> Anders die Werbung für Otto-Kern-Jeans, bei welcher Frauen mit nacktem Ober-

---

<sup>28</sup> Zum Vorbehalt der Anwendbarkeit dieser Bestimmung siehe weiter unten unter Ziff. II.d

<sup>29</sup> Siehe auch DAVID/REUTTER, 56.

<sup>30</sup> Im Einzelnen SENN, Geschlechterdiskriminierungen, 1455 f. und 1467 ff.

<sup>31</sup> Vgl. GS 3.11 der Schweizerischen Lauterkeitskommission. Der Bundesrat attestiert, dass sich diese Selbstkontrolle bewährt habe (Stellungnahme des Bundesrates vom 6.9.2006 zur Motion von Doris Stump vom 23.6.2006 betr. Verbot von geschlechterdiskriminierender und sexistischer Werbung [06.3373 – Motion]; ähnlich argumentierend auch die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen zur Parlamentarischen Initiative Heiner Studer betr. Vermeidung von übersexualisierter und geschlechterdiskriminierender Werbung [06.477] in ihrem Bericht vom 3.4.2008.

<sup>32</sup> Zum Ganzen SENN, Geschlechterdiskriminierungen, 1468 ff. (mit Hinweisen).

<sup>33</sup> Gl.M. FEZER, 273 (siehe dort auch weitere Beispiele).

körper die Figuren im Abendmahl darstellten. Diese Werbung wurde unter dem Titel der religionsdiskriminierenden Werbung diskutiert, bezeichnenderweise aber nicht (auch) unter dem Aspekt der geschlechterdiskriminierenden Werbung.<sup>34</sup>

Religionsdiskriminierende Werbung ist unter dem Tatbestand der Generalklausel nach Lauterkeitsrecht zu beurteilen; ansonsten ist eine Verletzung der spezifischen Strafrechtsbestimmung (Art. 261 StGB, Religionsfreiheit<sup>35</sup>) zu prüfen.

#### f. Politische Überzeugungen diskriminierende Werbung

Es gibt kommerzielle Äusserungen, die von ihrer Aussage her die *politische Überzeugung anderer diskriminieren* können. Eine solcherart gestaltete Werbung fällt im Bereich von Radio und Fernsehen unter das Werbeverbot (Art. 10 Abs. 4 lit. a RTVG).<sup>36</sup> Ausserhalb des RTVG bestehen keine expliziten Bestimmungen, weshalb es auch möglich war, dass die SVP mit ihrer inzwischen international bekannten Unterschriftenkampagne für die sog. Ausschaffungsinitiative<sup>37</sup> mit den weissen Schafen und dem (aus der Schweiz ausgestossenen) schwarzen Schaf keine strafrechtlichen Sanktionen erfuhr.<sup>38</sup>

Eine andere Frage ist, ob **politische Werbung** als solche diskriminierend sein kann. Bei politischer Werbung handelt es sich um eine Kommunikation mit politischem und nicht mit kommerziellem Inhalt. Sie ist je nach Medium, in dem sie erscheint, zugelassen oder verboten. Erlaubt ist sie im Printmedienbereich und auf Plakaten, nicht hingegen aufgrund des Verbots politischer Werbung in Radio und Fernsehen (Art. 10 Abs. 1 lit. d RTVG).<sup>39</sup> Ob dieses Verbot allerdings noch aufrechterhalten bleibt, steht im Zusammenhang mit dem Beitritt der Schweiz zum

<sup>34</sup> Vgl. dazu auch den Fall mit dem Bild «Kreuzigung» von Fahrner (vgl. SENN, Geschlechterdiskriminierungen, 1462).

<sup>35</sup> Der genaue Titel dieses § lautet: Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit.

<sup>36</sup> Gänzlich unzulässig ist die Werbung für politische Parteien (Art. 10 Abs. 1 lit. a RTVG).

<sup>37</sup> Sog. «Schäfchen-Plakate» für die Eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» (vgl. dazu BBl 2008, 1927).

<sup>38</sup> Auf den Rekurs gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich wurde vom Obergericht ZH mit Beschluss vom 29.4.2009 nicht eingetreten, mit der Begründung, dass «der Schutzbereich des Art. 261<sup>bis</sup> StGB gar nicht erfasst» würde.

<sup>39</sup> Es ist also zu unterscheiden zwischen dem Verbot von politischer Werbung als solcher (Art. 10 Abs. 1 lit. d RTVG) und dem Verbot von Werbung, welche politische Überzeugungen verletzt (Art. 10 Abs. 4 lit. a RTVG). Vgl. zum Ganzen auch die (kritischen) Betrachtungen von PHILIPP MÄDER, Das Verbot politischer Werbung im Fernsehen, Zürich 2007, 187 und 270.

EU-Media-Abkommen 2007–2013 aktuell zur Diskussion.<sup>40</sup> Abgesehen davon ist das auf Radio und Fernsehen beschränkte Verbot im Zeitalter des Internets und der damit – zulässigen – Möglichkeit politischer Werbung ohnehin zu hinterfragen.<sup>41</sup>

Politische Werbung wird in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht als nicht justiziabel betrachtet, da sie nicht als kommerzielle Werbung zu qualifizieren sei und damit keinen lauterkeitsrechtlichen Tatbestand erfülle.<sup>42</sup>

Das schliesst aber nicht aus, dass politische Werbung gegen andere Bestimmungen ausserhalb des Lauterkeitsrechts verstossen kann, beispielsweise gegen die Rassendiskriminierung (vgl. die Ausführungen in Ziff. e oben).

#### g. Das Sittlichkeitsempfinden verletzende Werbung

Während sich die *Sittenwidrigkeit* – nach dem hier vertretenen terminologischen Verständnis<sup>43</sup> – im Sinne des «sittenwidrigen Wettbewerbs» auf die Regeln im wirtschaftlichen Wettbewerb<sup>44</sup> bzw. im geschäftlichen Verkehr<sup>45</sup> bezieht, geht es bei der *Sittlichkeit verletzenden Werbung* um übergesetzliche Moralvorstellungen.<sup>46</sup> Entsprechend kann ein Verhalten oder eine Äusserung das Sittlichkeitsempfinden verletzen, wenn moralische oder ethische Grundprinzipien tangiert werden. Bei einem Teil der Lehre und der Rechtsprechung wird dies mit *sittenwidrigem Verhalten* bzw. *gegen die guten Sitten verstossendes Verhalten* bezeichnet,<sup>47</sup> indem dieses «gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das

<sup>40</sup> Siehe dazu die Botschaft vom 21.9.2007 zur Genehmigung des Abkommens über die Teilnahme der Schweiz am EU-Programm MEDIA für die Jahre 2007–2013 und über einen Bundesbeschluss zur Finanzierung der Teilnahme (insbes. 6690) sowie die Zusatzbotschaft vom 26.11.2008; ein Entscheid des Parlaments dürfte im Verlaufe des Jahres 2009 fallen.

<sup>41</sup> Vgl. dazu auch das Urteil der I. Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR] v. 11.12.2008 [«TV Vest»], das ein Verbot politischer Werbung als Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) beurteilt (medialex 2009, 37).

<sup>42</sup> So hält beispielsweise der GS 1.4 der Schweizerischen Lauterkeitskommission fest, dass politische Propaganda nur dann als kommerzielle Kommunikation (und damit als werberechtlich relevant) gilt, wenn sie wirtschaftliche Fragen enthalte. Diesem Grundsatz zustimmend DAVID/REUTTER, 76; ferner MARTI/WIDMER/PROBST, 141.

<sup>43</sup> Eine ausführliche Abhandlung zu dieser Unterscheidung kann an dieser Stelle nicht erbracht werden (vgl. zur Thematik BRIGITTE HÜRLIMANN, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Freiburg 2004, 164 ff.).

<sup>44</sup> Vgl. dazu DAVID/JACOBS, Rz. 55.

<sup>45</sup> Siehe z.B. BVerfG, Beschl. v. 1.8.2001 (ZUM 2002, 131); vgl. auch PALANDT, 138 Rz. 2 f.

<sup>46</sup> Vgl. zur hier getroffenen Unterscheidung vorne Ziff. 3.a; dazu auch BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl Rz. 66 ff.

<sup>47</sup> Dieser Tatbestand ist ein Ausschlussgrund für die Eintragung von Immaterialgüterrechten, beispielsweise Art. 2 lit. d MSchG, Art. 4 lit. e DesG, Art. 2 Abs. 1 PatG (vgl. zum Ganzen

allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe»,<sup>48</sup> verstösst.

Dieser letztere Umstand – und nicht ein rein wettbewerbswidriges Verhalten – stellt in diesem Abschnitt den Gegenstand der Untersuchung dar, soweit er im Zusammenhang mit diskriminierender Werbung steht. Doch ist darauf hinzuweisen, dass dies immer im Licht der aktuellen Wertvorstellungen zu beurteilen ist. So bestehen neben den «klassischen» Tatbeständen sittlich-moralischer Befindlichkeiten wie religiöse Themen und «fremde» Volksgruppen bzw. Kulturhintergründe nur noch wenige Bereiche, die zu Diskussionen Anlass geben, weil sich die moralischen Wertvorstellungen in der heutigen Gesellschaft ändern und zudem pluralistisch entwickeln.

So gesehen, können beispielsweise sexuelle Darstellungen in der Werbung Gefühle bestimmter Personengruppen verletzen, weil sie deren Sittlichkeitsempfinden beeinträchtigen. Sie müssen deswegen aber nicht gleichzeitig eine Geschlechterdiskriminierung darstellen. Hier wäre wie bei anderen Fällen moralisch-sittlicher Befindlichkeiten zu prüfen, ob und inwiefern der allgemeine Tatbestand der Verletzung des Sittlichkeitsempfindens vorliegt. Gerichtsfälle dazu sind allerdings keine bekannt.

Hingegen sind nicht zuletzt wegen der früheren Benetton-Kampagnen andere «Tabu-Zonen» erschlossen worden, die zu breiter und nachhaltiger Diskussion geführt haben. Zu erwähnen sind die Fotografien von Oliviero Toscani, beispielsweise das Bild mit dem Stempel «H.I.V. POSITIVE» auf dem Gesäss von Aids-Patienten, oder das Bild von Kleidern eines (toten) bosnischen Soldaten oder schliesslich das Bild mit der «ölverschmutzten Ente».<sup>49</sup>

Erneut Anlass zu grossen Diskussionen gab Toscani in einer neuen Kampagne des italienischen Modehauses Nolita über Magersucht: Auf den Bildern ist das nackte, abgemagerte Fotomodel Isabel Caro zu sehen. Die Werbekampagne trägt den Titel «no anorexia» und will – gemäss Angaben des Modehauses – die Wirklichkeit der Krankheit zeigen, «die in den meisten Fällen durch von der Modeindustrie geschaffene Stereotype»

---

BERGER, 43; SENN, Immaterialgüterrechte, 20), ferner beispielsweise auch ein Aufhebungsgrund von Stiftungen (Art. 88 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB).

<sup>48</sup> BGE 132 III 455 E.4.1; BERGER, 43.

<sup>49</sup> Vgl. die Entscheide des BVerfG zu «H.I.V. POSITIVE» im Beschl. v. 6.7.1995 (= AfP 1995, 599), erneut im Beschl. v. 11.3.2003 (= AfP 2003, 149); zum Ganzen (anstelle vieler) BAUMBACH/HEFERMEHL, 1 Rz. 187b, und SENN, Kommerzielle Äusserungen, 114 f. (m.w.H.).



entstünde.<sup>50</sup> Die Argumente für und gegen solche Kampagnen gehen in die gleiche Richtung der früheren Benetton-Bilder, und zwar ungeachtet der doch überzeugenden Argumentation des höchsten deutschen Gerichtes in den Benetton-Entscheiden.<sup>51</sup>

#### h. Herabsetzende Werbung

Hier geht es um den lauterkeitsrechtlichen Tatbestand der Herabsetzung (Art. 3 lit. a UWG).<sup>52</sup> Die Herabsetzung erfolgt gegenüber Marktteilnehmern oder ihren Produkten durch falsche, irreführende oder verletzende Äusserungen.<sup>53</sup> Die diskriminierende Handlung – auch Anschwärzung genannt – geschieht unter den Wettbewerbsteilnehmern, bezieht sich direkt auf diese bzw. deren Produkte und ist damit geschäftsschädigend.<sup>54</sup> Die qualifizierenden Eigenschaften der Äusserung – Unrichtigkeit, Irreführung und («unnötige») Verletzung – gelten hier wie generell im Lauterkeitsrecht,<sup>55</sup> da sie gleichzeitig die Grundsätze des fairen Wettbewerbs beeinträchtigen.<sup>56</sup>

Sanktionen gegen Handlungen aufgrund des Spezialtatbestands von Art. 3 lit. a UWG können gestützt auf die Strafbestimmung von Art. 23 UWG getroffen werden (Freiheits- oder Geldstrafe). Ebenfalls können die in Art. 9 UWG vorgesehenen Zivilklagen erhoben werden, soweit die wirtschaftlichen Interessen eines Wettbewerbsteilnehmers in Frage stehen.<sup>57</sup> Zur Erweiterung der Klagelegitimation sei auf den nachfolgenden Abschnitt verwiesen.

---

<sup>50</sup> Vgl. NZZ v. 5.10.2007.

<sup>51</sup> Siehe die vorletzte Fn. Die Rechtsprechung des BVerfG ist allerdings nicht unumstritten; auf die zahlreichen Publikationen kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

<sup>52</sup> Vgl. zur Abgrenzung gegenüber Diskriminierung vorne Ziff. II.b.

<sup>53</sup> GRÜTER, 97; DAVID/JACOBS, Rz. 152 ff.; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 5.04 ff.; BAUDENBACHER, 3 lit. a N 7 ff.; BGE 122 IV 33 E.2.c.; 124 IV 162 E.3.

<sup>54</sup> Was sich auch aus der zivilrechtlichen Klageberechtigung von Art. 9 UWG ergibt; siehe auch MARTI/WIDMER/PROBST, 150; SCHWENNINGER, Rz. 5.54.

<sup>55</sup> Weshalb hier nicht weiter darauf einzugehen ist.

<sup>56</sup> Siehe SENN, *Werberecht*, 117.

<sup>57</sup> Siehe dazu PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 16.02; BAUDENBACHER, 9 N 304; DAVID/JACOBS, Rz. 721 ff.



### III. Durchsetzbarkeit

Während gegen Verstösse aufgrund herabsetzender Werbung im Sinne des Spezialtatbestands der diskriminierenden Äusserungen nach Art. 3 lit. a UWG wie soeben beschrieben vorgegangen werden kann, liegt die Ausgangssituation bei Verletzungen der Generalklausel (Art. 2 UWG) anders. Das gilt für die verschiedenen Untertatbestände allgemein diskriminierender Werbung, wie sie oben aufgeführt wurden (Ziff. II.3. b–g).

Strafrechtlich können Verletzungen der Generalklausel nicht geahndet werden, da die Aufzählung in Art. 23 UWG den Art. 2 nicht einschliesst.<sup>58</sup> Hingegen wäre ein Verfahren mittels zivilrechtlichen Rechtsschutzes möglich. Dies führt aber aufgrund der tatbestandsmässigen Kriterien<sup>59</sup> und der prozessualen Voraussetzungen zu den bekannten Einschränkungen, beispielsweise von Art. 9 und 10 UWG hinsichtlich der Klagelegitimation. Immerhin wird die Einschränkung der Klagelegitimation auf den Wettbewerbsteilnehmer gemäss Art. 9 UWG durch Art. 10 UWG erweitert, indem diese auf einen weiteren Kreis von Marktteilnehmern ausgedehnt wird. Die Erweiterung der Klageberechtigung zugunsten der Kunden und allgemein der Konsumenten fand nicht zuletzt im Licht des Konsumentenschutzes statt.<sup>60</sup> Dies gilt sowohl für Kunden als auch für Berufs- und Wirtschaftsverbände, Konsumentenschutzorganisationen und sogar für den Bund, wobei die spezifischen Tatbestandsvoraussetzungen (von Abs. 2 lit. a–c) zu beachten sind.

### IV. Beurteilungskriterien

#### 1. Grundlagen

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>61</sup> Da die

<sup>58</sup> DAVID/JACOBS, Rz. 745; SENN, Geschlechterdiskriminierung, 1468 (m.w.H.); SCHWENNINGER/SENN/THALMANN, Rz. 357.

<sup>59</sup> Vgl. dazu SENN, Geschlechterdiskriminierung, 1468 (m.w.H.).

<sup>60</sup> DAVID/JACOBS, Rz. 731; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 16.28 ff.

<sup>61</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.).

– nicht abschliessend aufgezählten<sup>62</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>63</sup> Entsprechend kann ein Sachverhalt auch nur unter die Generalklausel fallen. Wie oben beschrieben (Ziff. 3.b–h), ist eine allgemein diskriminierende Werbung im Hinblick auf die Generalklausel von Art. 2 UWG zu beurteilen.

Das betrifft also die Frage, unter welchen Tatbestand eine werbliche Aussage fallen kann und somit welche Gesetzesbestimmung zur Anwendung gelangt. Ist dieser Bereich soweit einmal festgelegt, gilt es, in einem nächsten Schritt zu untersuchen, nach welchen weiteren Kriterien die Rechtsanwendung erfolgt.

Diesbezüglich liefern die lauterkeitsrechtlichen Grundlagen, beispielsweise Art. 2 UWG, keine Anhaltspunkte. Die 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>64</sup>

Diese Anwendungsregeln enthalten die wichtigsten Kriterien für die Beurteilung von kommerziellen Kommunikationen und dienen damit der Auslegung bei der Rechtsanwendung.<sup>65</sup> Methodisch betrachtet liegt einer solchen Anwendung das *hermeneutische Verfahren* zugrunde, indem es hier um das Verstehen und Auslegen von genereller, sprachlicher Kommunikation geht. Dabei findet ein Hin- und Herwandern zwischen einerseits den jeweiligen Tatbeständen und den Kriterien und andererseits dem Sachverhalt (hier in Form der werblichen Äusserungen) statt.<sup>66</sup> Anhand des konkreten Einzelfalls ist darüber zu entscheiden, inwieweit bestimmte Kriterien besonders zu beachten sind.

Klar bleibt, dass die angeführten Kriterien weder abschliessend aufgezählt werden noch hinsichtlich ihrer Aufzählung hierarchisch zu verstehen sind.

---

<sup>62</sup> Der erste Satz von Art. 3 UWG lautet entsprechend: «Unlauter handelt *insbesondere*, wer (...)» [Hervorhebung von Verfasser].

<sup>63</sup> BGE 133 III 431 E. 4.1 (m.w.H.).

<sup>64</sup> Vgl. hierzu schon SENN, Geltungs- und Anwendungsbereich, 590 ff.

<sup>65</sup> Vgl. auch die Grundsätze und Kriterien des Deutschen Werberats sowie die «Anwendungsgrundsätze» der ICC (= *Chambre de Commerce Internationale/Internationale Handelskammer*).

<sup>66</sup> Vgl. zum Ganzen, SENN, Persönlichkeitsschutz, 50 f.

**Anwendungsregeln** (Ziff. 2 des Grundsatzes 1.1 der SLK)

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
- die Auslegung ironischer Aussagen oder Parodien entsprechend ihrem Charakter
- die aktuelle und tatsächlich herrschende Auffassung über Ethik, Sitte und Moral in der Gesellschaft

## 2. Anmerkungen

### a. Verständnis der Zielgruppe

Beim **massgebenden Durchschnittsadressaten** geht es einerseits um das angesprochene Zielpublikum, also jene Personengruppe, die für das konkret beworbene Produkt<sup>67</sup> überhaupt in Frage kommt. Andererseits ist hinsichtlich dem **Verständnishorizont** bzw. dem Konsumentenleitbild vom durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher auszugehen.<sup>68</sup>

### b. Gesamteindruck

Das Kriterium des **Gesamteindrucks** verweist darauf, dass nicht eine Einzelaussage oder eine Detaildarstellung der Werbung für die Beurteilung massgebend sein kann, sondern wie sie eine Wirkung in ihrer Gesamtheit entfaltet. Dementsprechend «steht jede Werbemassnahme unter

<sup>67</sup> Mit *Produkt* sind sowohl Waren als auch Dienstleistungen gemeint.

<sup>68</sup> Vgl. dazu SLKE v. 25.3.2003, E. 4.b («Ticino-Turismo»), sic! 2003, 659; SLKE v. 9.1.2002 E. 3 («Bester Empfang»), sic! 2003, 393 (m.w.H.); unterschiedlich die Rechtsprechung des BGer, vgl. z.B. einerseits U. v. 15.5.2007 [4P.321/2006], E. 3 («Supercard»), sic! 2007, 840, andererseits BGE 132 II 240 E. 4.3.4; 128 III 441 E. 1; eindeutiger BGH, U. v. 19.4.2007, E. II.2b (150% Zinsbonus), GRUR 2007, 981.

dem Vorbehalt einer Gesamtbeurteilung der konkreten Umstände des einzelnen Falles».<sup>69</sup> Die Rezeption kann somit nicht losgelöst von ihrem Kontext ausfallen, womit einzelne Aspekte in ihrem Zusammenhang zu verstehen resp. zu interpretieren sind. Das gilt sowohl für die einzelne Werbung als auch für eine ganze Kampagne.

c. Grundaussage

Damit einhergehend ist danach zu fragen, welches die **Grundaussage** der werblichen Äusserung ist. Es ist somit 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>70</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 entsprechend bei **ironischen Aussagen** oder **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 Meinungsäusserung handelt. Denn eine Werbeaussage kann sowohl eine Tatsachenbehauptung als auch oder nur eine Meinungsäusserung<sup>71</sup> darstellen. Dabei ist hinsichtlich Meinungsäusserungen bei **mehrdeutigen Aussagen** aufgrund des Grundsatzes der Freien Rede<sup>72</sup> nicht jene Auslegung massgeblich, welche als unlauter beurteilt werden kann, solange daneben Deutungen bestehen, die

---

<sup>69</sup> FEZER, 272; BGH, U. v. 19.4.2007, E. II.2b (150% Zinsbonus»), GRUR 2007, 981.

<sup>70</sup> Beispiel aus Duden, Redewendungen (Band 11), 2. Aufl., Mannheim 2002, 410.

<sup>71</sup> Zum Umstand, dass kommerzielle Kommunikationen auch unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit stehen, vgl. SENN, Kommerzielle Äusserungen, 114 (m.w.H.).

<sup>72</sup> Vgl. SENN, Kommerzielle Äusserungen, 113 f.; FEZER, 272.

zu einem anderen Ergebnis führen,<sup>73</sup> also u.U. durchaus auch zugunsten des werbenden Anbieters entschieden werden kann.<sup>74</sup>

Schliesslich muss im Zusammenhang mit Fragen der Grundaussage werblicher Äusserungen auch die Auslegung im Lichte der Grundrechtsintention ins Feld geführt werden: Die **Interessenabwägung** ist unter Beachtung der massgeblichen **Grundrechte** vorzunehmen; d.h., es sind einerseits sowohl die Meinungsäusserungsfreiheit als auch die Wirtschaftsfreiheit («Werbefreiheit») beachtlich;<sup>75</sup> andererseits müssen insbesondere die Menschenwürde und der Persönlichkeitsschutz respektiert werden.<sup>76</sup> Diese Abwägung ist häufig nicht 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.

d. Vergleich zur dargestellten Wirklichkeit

Deshalb ist auch ein **Vergleich zur dargestellten Wirklichkeit** vorzunehmen. Da die 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 auch Werbung mit der Realität (Stichwort Benetton) zulässig. Diese ist insofern den gleichen Umständen wie die Medien unterworfen. Das ist gemeint, wenn von (in den Medien) *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. weitergehen kann, als man dies der kommerziellen Äusserung zugesteht (z.B. Berichterstattung über Katastrophen).

<sup>73</sup> SLKE v. 2.7.1998 E. II.2 («SW-Werbekampagne») (m.w.H.), sic! 1999, 207.

<sup>74</sup> Hierzu kann an die Entscheide des höchsten deutschen Gerichts in Sachen Benetton-Kampagne erinnert werden: vgl. die Ausführungen dazu insbesondere in Ziff. 3 g.

<sup>75</sup> Siehe dazu SENN, *Werberecht*, 116.

<sup>76</sup> Wobei HEFERMEHL/KÖHLER/BORNKAMM, *UWG* § 3 Rz. 19, zu Recht davon ausgehen, dass die «Menschenwürde als Fundament aller Grundrechte mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig» sei.

e. Charakter des Mediums

In die Gesamtbeurteilung einzufließen hat deshalb auch der **Charakter des Mediums**, in dem die Werbung stattfindet. Der Werbeträger<sup>77</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 sichtbar ist – und deren (wenn auch nur kurze) Beachtung damit kaum vermieden werden kann – oder ob sie auf einem Banner einer einschlägigen Website auftaucht.

f. Art des beworbenen Produkts

Schliesslich ist auch die **Art des beworbenen Produkts** 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.

g. Gesamtbeurteilung

Aus diesen Ausführungen sollte hervorgegangen sein, dass bei der Beurteilung werblicher Aussagen ein ganzes Bündel unterschiedlicher Aspekte für die Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist. Deren Beachtung hängt vom Einzelfall ab und unterliegt letztlich – innerhalb der beschriebenen Vorgaben – dem Ermessen der urteilenden Instanz. Dies fällt bekanntlich trotz allem recht unterschiedlich aus.

---

<sup>77</sup> Nämlich beispielsweise Printmedien, elektronische Medien, Plakate, Kino, Internet.

## Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden mit dem Namen des Verfassers oder der Verfasserin zitiert und gegebenenfalls mit dem in Klammern gesetzten Stichwort. Auf weiterführende, in diesem Verzeichnis nicht enthaltene Literatur, wird in den Fussnoten an den einschlägigen Stellen verwiesen.

- CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Basel 2001
- ADOLF BAUMBACH/WOLFGANG HEFERMEHL, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., München 2001
- WOLFGANG HEFERMEHL/HELMUT KÖHLER/JOACHIM BORNKAMM, UWG, 26. Aufl., München 2008
- MATHIS BERGER, Sittenwidrige Zeichen sind nicht schutzfähig, sic! Sondernummer (undatiert, wohl 2005), 41–46
- ALEXANDER BRUNNER, Zur Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission, recht 2001, 1–10
- LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005
- LUCAS DAVID/MARK A. REUTTER, Schweizerisches Werberecht, 2. Aufl., Zürich 2001
- KARL-HEINZ FEZER, Diskriminierende Werbung – Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, 265–275
- UELI GRÜTER, Lauterkeitsrecht, in: kommunikationsrecht.ch (Hg. UELI GRÜTER/MARTIN SCHNEIDER/MISCHA SENN), Zürich 2007
- HANSPETER MARTI/PETER WIDMER/PHILIPPE PROBST, Recht in Marketing und Kommunikation, 3. Aufl., Zürich 2003
- OTTO PALANDT, BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., München 2002
- MARIO M. PEDRAZZINI/FEDERICO A. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2002
- REINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, 2. Aufl, Zürich 2008
- MARC SCHWENNINGER, Werbe- und Verkaufsmethoden, in: THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH (Hg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005

- MARC SCHWENNINGER/MANUEL SENN/ANDRÉ THALMANN, (Hrsg. LUCAS DAVID), *Werberecht*, Zürich 1999
- MISCHA CHARLES SENN, Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbereich (der SLK-Grundsätze), *sic!* 2008, 590–593 (zit. Geltungs- und Anwendungsbereich)
- MISCHA CHARLES SENN, *Werberecht*, in: *kommunikationsrecht.ch* (Hg. UELI GRÜTER/MARTIN SCHNEIDER/MISCHA SENN), Zürich 2007 (zit. *Werberecht*)
- MISCHA CHARLES SENN, *Immaterialgüterrechte*, in: *kommunikationsrecht.ch* (Hg. UELI GRÜTER/MARTIN SCHNEIDER/MISCHA SENN), Zürich 2007 (zit. *Immaterialgüterrechte*)
- MISCHA CHARLES SENN, *Geschlechterdiskriminierungen in Kunst, Medien und Werbung*, *AJP* 2004 (zit. *Geschlechterdiskriminierungen*)
- MISCHA CHARLES SENN, *Grundrechtskollisionen im Kontext der Kommunikationsfreiheiten*, in: WOLFGANG R. LANGENBUCHER (Hg.), *Die Kommunikationsfreiheit der Gesellschaft*, *Publizistik*, Sonderheft 4/2003, 340–357 (zit. *Grundrechtskollisionen*)
- MISCHA CHARLES SENN, *Das Verfahren vor der Schweizerischen Lauterkeitskommission*, *sic!* 1999, 697–702 (zit. *SLK*)
- MISCHA CHARLES SENN, *Kommerzielle Äusserungen im Schutze der Meinungsäusserungsfreiheit*, *sic!* 1999, 111–115 (zit. *Kommerzielle Äusserungen*)
- MISCHA CHARLES SENN, *Satire und Persönlichkeitsschutz. Zur rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen auf der Grundlage der Literatur- und Rezeptionsforschung*, Bern 1998 (zit. *Persönlichkeitsschutz*)
- WALTER A. STOFFEL, *Kartellrecht*, in: THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH, *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Basel 2005
- BERNHARD WALDMANN, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Bern 2003
- ANDREA WASSERMEYER, *Diskriminierende Werbung*, Konstanz 2000
- BEATRICE WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit*, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001