

# Wirtschaftsjournalismus im Konflikt zwischen freier Meinungsäusserung und Lauterkeitsrecht

Andreas Meili

Dr. iur., Rechtsanwalt, Leiter Rechtsdienst der TA-Media AG, Zürich<sup>1</sup>

## I. Konfliktsituation

Bekanntlich geniessen im schweizerischen Recht Meinungsäusserungen mit vorwiegend ideellem Charakter den verfassungsmässigen Schutz der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit (Art. 10 EMRK; Art. 55 BV), während Äusserungen mit vorwiegend kommerziellem Charakter in erster Linie den verfassungsmässigen Schutz der Handels- und Gewerbe-freiheit (Art. 31 BV) geniessen<sup>2</sup>. Der grundrechtliche Schutz ideeller oder kommerzieller Meinungsäusserungen gilt jedoch nicht schrankenlos: «Comme toute liberté, la liberté de la presse n'est pas absolue; elle n'est garantie que dans le cadre de la constitution et de la loi» (BGE 96 I 589). Für die Medien bildet seit der Revision des UWG im Jahre 1988 vor allem das Lauterkeitsrecht eine solche Schranke. Das UWG tritt damit in ein Spannungsfeld zu den Grundrechten der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit. Hier gilt es, die richtige Balance zu finden.

Vor allem im Bereich des Wirtschaftsjournalismus, der sich mit dem Wirtschaftsgeschehen, d.h. mit der Konkurrenz-situation zwischen einzelnen Unternehmen und deren Marktverhalten, beschäftigt, zeigt sich jedoch immer wieder, dass eine angemessene Lösung des Konflikts zwischen dem Geltungsbereich der ideellen Grundrechte, die dem Schutze der Medien dienen, und dem UWG, das die wettbewerbliche Stellung der von einer Medienberichterstat-tung betroffenen Personen schützen will, den Gerichten erhebliche Schwierigkeiten verur-

sacht. Das jüngste Beispiel ist das viel beachtete «Kassensturz»-Urteil des Bundesgerichts in Sachen «Contra-Schmerz» (medialex 2/98, S. 100 ff.; BGE 124 II 72; ). Danach ist die - nota bene wahre - Kritik über ein Produkt (in casu ein Schmerzmittel, das möglicherweise gesundheitsgefährdende Wirkungen hat) dann unlauter (im Sinne von Art. 3 lit. a UWG), wenn sie beim Adressaten den falschen Eindruck erweckt, dieses zeichne sich durch einmalige Eigenschaften aus, sei es das übliche Qualitäten so herausgestrichen oder umgekehrt negative Eigenschaften so dargestellt werden, dass sie als spezifische Merkmale dieser besonderen Ware erscheinen (BGE a.a.O., 76). Mit Verweis auf einen kurze Zeit vorher gefällten Entscheid, der die in einem Flugblatt geäusserte Warnung vor Gesundheitsrisiken beim Konsum von Rindfleisch durch BSE-Erreger betraf (BGE 123 IV 211, 216 f.), soll die Unlauterkeit einer solchen Kritik namentlich darin liegen, dass der unrichtige Eindruck geschaffen werde, dass gerade und allein die Waren einzelner bestimmter Anbieter gefährlich seien und dass die nämlichen Risiken bei Waren anderer Anbieter nicht bestehen würden (BGE a.a.O.)<sup>3</sup>. Denn eine solche Kritik führe zu einer Diskriminierung einzelner Wettbewerbsteilnehmer, was nicht im öffentlichen Interesse liege und auch nicht durch die öffentliche Funktion der Medien gerechtfertigt werden könne. Es müsse daher sichergestellt werden, dass eine Kritik «in gleicher Weise auch auf die gleichartigen Produkte derselben Kategorie oder auf sämtliche Wettbewerber mit

**Résumé:** Les dix années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la LCD révisée ont donné aux tribunaux tout le temps d'expérimenter l'application du droit de la concurrence déloyale aux médias. Dans l'ensemble, le bilan est négatif pour les médias. La LCD de 1988 fait preuve de nettement moins de sympathie à leur égard que sa devancière de 1943. La zone conflictuelle entre la liberté d'expression et le droit de la concurrence avant tout dans le domaine du journalisme économique. Il est dès lors nécessaire d'interpréter systématiquement la LCD de manière conforme à la Constitution. Or le Tribunal fédéral ne suit cette recommandation qu'avec hésitation, comme on le constate clairement une fois de plus en lisant son dernier arrêt «Kassensturz» dans l'affaire «Contra-Schmerz». L'espoir subsiste cependant que la Cour européenne des droits de l'homme donnera à ce sujet une impulsion appropriée.

<sup>1</sup> Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag, den der Autor am 26. November 1997 an einer Tagung des Europa Instituts Zürich gehalten hat.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 100 Ia 453; 96 I 589.

<sup>3</sup> Im zit. «Flugblatt»-Fall ist inzwischen vom Zürcher Obergericht ein Freispruch erfolgt, da festgestellt wurde, dass die Flugblätter auch vor verschiedenen anderen Metzgereien verteilt worden waren; vgl. NZZ vom 27. März 1998.

**Zusammenfassung:**  
*In den letzten 10 Jahren seit dem Inkrafttreten des revidierten UWG haben die Gerichte immer wieder die Gelegenheit gehabt, die Anwendung des Lauterkeitsrechts auf die Medien zu erproben. Insgesamt fällt die Bilanz für die Medien negativ aus. Das UWG von 1988 ist deutlich weniger medienfreundlich als sein Vorgänger von 1943. Vor allem im Bereich des Wirtschaftsjournalismus artikuliert sich das Spannungsfeld zwischen freier Meinungsäusserung und Lauterkeitsrecht. Eine konsequente verfassungskonforme Auslegung des UWG tut daher not. Das Bundesgericht folgt dieser Empfehlung nur zögerlich, was sich im jüngsten «Kassensturz»-Urteil in Sachen «Contra-Schmerz» erneut deutlich zeigt. Immerhin bleibt die Hoffnung, dass entsprechende Anstösse vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte kommen.*

denselben Eigenschaften bezogen wird» (BGE a.a.O., 77).

Verständlicherweise hat das erwähnte «Kassensturz»-Urteil die durch das seinerzeitige «Bernina»-Urteil (BGE 117 IV 192 ff.) entstandene und vor allem von Journalisten engagiert geführte Auseinandersetzung zur Frage der Verfassungsmässigkeit des UWG bei der Anwendung auf Medienschaffende wiederbelebt. Denn wenn man aus dem «Kassensturz»-Urteil generelle Leitsätze für die Medienpraxis ableiten wollte, dann dürfte künftig eine exemplifizierende Berichterstattung nicht mehr zulässig sein, wenn lediglich ein einziges oder einige wenige Produkte einer bestimmten Warensorte kritisiert werden und nicht sämtliche oder doch wenigstens eine repräsentative Auswahl der bekanntesten Marken. Das wäre eine massive Beschränkung der Medienfreiheit und, vor allem bei gefährlichen Produkten, nur sehr schwer mit dem öffentlichen Interesse in Einklang zu bringen. Ob man dabei gerade so weit gehen will, dass es nach «Contra-Schmerz» nicht mehr zulässig sein soll, zu behaupten, Zigaretten der Marke X gefährdeten die Gesundheit, auch wenn dies aufgrund der Tabakverordnung auf jeder Packung steht<sup>4</sup>, ist allerdings fraglich<sup>5</sup>. Insgesamt zeigt sich damit aber erneut die Tendenz, dass das schweizerische UWG einen im internationalen Vergleich äusserst restriktiven Einfluss auf die Freiheit der Medienberichterstattung ausübt<sup>6</sup>.

Die Ursachen dieser Konfliktsituation sind im wesentlichen im funktionalen Ansatz des UWG begründet<sup>7</sup>. Aufgrund der von der herrschenden Lehre vertretenen funktionalen Theorie wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und

der meisten kantonalen Gerichte prinzipiell auf subjektive Elemente für die Erfüllung von UWG-Tatbeständen verzichtet. Das hat zur Folge, dass praktisch jedes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten, das Wettbewerbsbeziehungen zu beeinflussen geeignet ist, einer lauterkeitsrechtlichen Prüfung unterliegt<sup>8</sup>. Damit erklärt sich auch die merkliche Zunahme von UWG-Zivil- und Strafverfahren gegen Medienschaffende im Unterschied zum UWG von 1943<sup>9</sup>. Denn in der Tendenz wird damit auf die wirtschaftliche Relevanz im Sinne einer abstrakten Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung abgestellt, ohne dass im Anwendungsfall eine Einflussnahme im Sinne konkreter Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beweisen oder glaubhaft zu machen wäre<sup>10</sup>. In subjektiver Hinsicht spielt es bei einer solchen Betrachtung zudem keine Rolle, ob der Verletzer in Wettbewerbsabsicht, d.h. im Bewusstsein und mit dem Willen, in die Konkurrenz zwischen einzelnen Anbietern einzugreifen, gehandelt hat<sup>11</sup>.

Dieser sehr weit gedeutete Begriff der Wettbewerbsrelevanz eines Verhaltens sowie der damit verbundene prinzipielle Verzicht auf subjektive Elemente führt zwangsläufig zu Problemen bei der Bestimmung der Grenzen der Geltung des UWG, da soziales Handeln, bei dem es bei der Presse- und bei der Wirtschaftsberichterstattung naturgemäss immer geht, regelmässig auch ökonomische Folgen zeitigt oder zeitigen kann<sup>12</sup>. Illustrativ dafür ist der nurmehr bereits seit sieben Jahren andauernde wettbewerbsrechtliche Streit um einen Artikel im «K-Tip», der den Kreditinstituten Prokredit und Fi-

4 So SAXER, plädoyer 2/1998, 37.

5 Vgl. auch die differenzierte Kritik von BORN, Strengerer Massstab für Medienschaffende: Die Konsequenzen des «Kassensturz-Urteils», NZZ vom 16. April 1998.

6 Vgl. dazu MEILI, Wirtschaftsjournalismus im Rechtsvergleich, Baden-Baden 1996, 69 ff.; vgl. auch den Bericht der 2. Kammer der Europäischen Kommission für Menschenrechte i.S. H.U.H. v. Schweiz (Nr. 25181/94), der das schweizerische UWG als das vermutlich strengste Lauterkeitsrecht in Europa bezeichnet.

7 Dazu eingehend BERGER, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, Diss. Zürich 1997.

8 Vgl. z.B. ZELLER, Bemerkungen zum «Bernina»-Entscheid, SZW 65/1993, 21; ähnlich auch PEDRAZZINI, a.a.O., 47.

9 Vgl. hierzu NOBEL, Zu den Schranken des UWG für die Presse, SJZ 1992, 245 f.

10 SAXER, Die Anwendung des UWG auf ideale Grundrechtsbetätigungen: eine Problemskizze, AJP 1993, 605.

11 Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere BGE 120 IV 36 und 120 II 78 f.; aus der Literatur sei stellvertretend für viele BAUR, UWG und Wirtschaftsberichterstattung, Diss. Zürich 1995, 120 ff., 131 erwähnt, der die Erhebung der Wettbewerbsabsicht zur subjektiven Tatbestandsvoraussetzung für «systemwidrig» und «nicht gesetzeskonform» erklärt.

12 SAXER, a.a.O.

nalba Leichtsin bei der Vergabe von Kleinkrediten vorwirft. Auf Klage der beiden Kreditinstitute hin stellte das Handelsgericht des Kt. Zürich in einem vom Bundesgericht inzwischen aufgehobenen Entscheid vom 4. September 1996 fest, dass der besagte Artikel als unlauterer Wettbewerb zu werten sei, da die als «schwarze Schafe im Kleinkreditgeschäft» bezeichneten Unternehmen widerrechtlich in ihrem Ansehen, ihrem Kredit und in ihren wirtschaftlichen Interessen verletzt worden seien. Das Handelsgericht muss nun abklären, ob eine Caritas-Studie, auf die sich der Bericht des «K-Tips» gestützt hat, zutreffende Feststellungen getroffen hat. Sollte sich weisen, dass diese Studie wahr ist, sei aus der Sicht der Mehrheit der betreffenden Kammer des Bundesgerichts kein Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht auszumachen<sup>13</sup>.

Wo nun ein Bericht eine durch die Handels- und Gewerbefreiheit geschützte privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit darstellt und damit unmittelbar wirtschaftliche Konsequenzen hat, erscheint es aus verfassungsrechtlicher Sicht weniger problematisch, das UWG grundsätzlich auf die Medien in der gleichen Weise anzuwenden wie auf jeden anderen Wettbewerbsteilnehmer. So ist sich die Lehre heute einig, dass das Verhalten des Journalisten im «Bernina»-Fall dadurch, dass sich dieser «gewissermassen zum Sprachrohr eines Konkurrenten der kritisierten Unternehmung erhoben» hat (BGE 117 IV 198), eine wertende Zuordnung zum Schutzbereich der Handels- und Gewerbefreiheit darstellt, bei dem ein Schutz durch die ideellen Grundrechte der Presse- und Meinungsfreiheit entfällt<sup>14</sup>. Wo dagegen eine Tätigkeit ganz oder zumindest primär im Geltungsbereich eines ideellen Grundrechts zu lokalisieren ist, ist es aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch, das Lauterkeitsrecht als Regelung zum Schutze der Handels- und Gewerbefreiheit der Marktteilnehmer in der gleichen Intensität anzuwenden<sup>15</sup>. Man denke an eine scharfe Buch-, Film- oder Theaterkritik, bei der der Kritiker mit seinem Angriff nicht primär wirtschaftliche Ziele verfolgt, etwa indem er (oder eine ihm nahestehende Person) z.B. selber Buchautor ist oder an einem Konkurrenzunternehmen des Herausgeber-

verlags des kritisierten Werkes beteiligt wäre, sondern sich aus ideellen Motiven kritisch mit einem bestimmten Gegenstand auseinandersetzt. Soll hier das UWG, das sich gegen unlautere Methoden der Wettbewerbsbeeinflussung richtet, in gleicher Weise anwendbar sein wie im Fall, dass der Kritiker die Wettbewerbsbeeinflussung sucht? Handelt es sich bei solchen Berichten nicht um Veröffentlichungen, die durch die Meinungs- und Pressefreiheit geschützt sind, weil die damit verbundenen wirtschaftlichen Folgen - Absatzprobleme, Besucherrückgänge etc. - bloss (unvermeidbare) Nebenefekte einer ideellen und damit gerade auch berufsethisch motivierten Grundrechtsbetätigung sind? Werden durch das drohende «Damoklesschwert des UWG»<sup>16</sup> bei den Medien nicht gefährliche Selbstzensur Tendenzen gefördert, indem durch die Strafbestimmungen des UWG pönalisiert wird, was berufsethisch geboten ist, nämlich eine offene und kritische Berichterstattung? Noch schwieriger ist ein Verhalten zu beurteilen, das sich nicht in genügend klarer Weise entweder zum Geltungsbereich der Presse- und Meinungsfreiheit oder der Handels- und Gewerbefreiheit zuordnen lässt. Man denke etwa an die Publikation von Warentests, Preisvergleichen, Firmenberichten, Finanzanalysen, Restaurant- und Hotelführer, wissenschaftlichen Studien usw. Hier die Linie zwischen berufsethisch zulässigem und berufsethisch unzulässigem Verhalten des Journalisten zu finden, stellt an den Richter hohe Anforderungen und gelingt in der Praxis, wie noch zu zeigen sein wird, nicht immer mit genügender Sicherheit.

## II. Lösungsansätze

### 1. Subjektiver Ansatz

Die schweizerische Lehre hat sich mit der aufgeworfenen Fragestellung schon eingehend beschäftigt. Spätestens seit «Bernina» ist das Problem erkannt und seither immer wieder Gegenstand von Diskussionen. Einzelne Autoren versuchen den Konflikt zwischen freier Meinungs-

<sup>13</sup> BGE 123 III 354 ff.

<sup>14</sup> SAXER, a.a.O., 609; ähnlich auch NOBEL, a.a.O., 250, und MEILI, Verschärfte Gerichtspraxis: Realität oder Angstvorstellung?, plädoyer 5/1993, 32.

<sup>15</sup> Ebenso SAXER, a.a.O.

<sup>16</sup> Vgl. NZZ vom 4. Januar 1995, 15.

äusserung und Lauterkeitsrecht dadurch zu lösen, dass sie bei einer UWG-Verletzung durch Medienschaffende die bereits erwähnten subjektiven Elemente als Verantwortlichkeitsvoraussetzung fordern<sup>17</sup>. Es soll so verhindert werden, dass jeder kritische Bericht, der eine wirtschaftliche Implikation aufweist, gleich eine wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit ähnlich der einer Erfolgs- oder Kausalhaftung nach sich zieht. Wo ein Medienbericht also nicht auf die Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung des Betroffenen abzielt, sondern die ideell motivierte Auseinandersetzung mit dem kritisierten Gegenstand klarerweise im Vordergrund steht, soll eine lauterkeitsrechtliche Verantwortlichkeit entfallen. Eine Verletzung der journalistischen Berufspflichten soll in einem solchen Fall somit nur aufgrund der allgemeinen Vorschriften über den Schutz der Persönlichkeit der Betroffenen (Art. 28 ZGB, Art. 173 ff. StGB) in Frage kommen. Eine zu scharfe Kritik etwa wäre dann allenfalls persönlichkeits- oder ehrverletzend, aber nicht unlauter. Rein unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten wäre somit der Berufsethos des betreffenden Medienschaffenden nicht verletzt.

Einen ursprünglich klar anderen Standpunkt als die Vertreter dieses subjektiven Ansatzes nehmen die Gerichte und namentlich das Bundesgericht ein<sup>18</sup>. Bereits im «Bernina»-Entscheid bezeichnete es das Lausanner Gericht als unmassgeblich, dass Medien und Konsumentenschutzorganisationen zumeist nicht nur in Wettbewerbsabsicht handeln, sondern auch im Interesse der Öffentlichkeit auf eine Markttransparenz hinzielen, die Voraussetzung für die ökonomischen Entscheide des täglichen Lebens bildet (BGE 117 IV 193 ff.). Auch nach BGE 120 IV 36 («Jenischenhilfe») sollen subjektive Elemente - mit Ausnahme des Vorsatzes gemäss Art. 23 UWG und des für die Geltendmachung finanzieller Ansprüche gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG notwendigen Verschuldens - für die Frage der Tatbestandsmässigkeit keine Rolle spielen. Im

Entscheid 120 II 78 f. («Mikrowellen-Fall») war das Bundesgericht noch deutlicher: «Massgebend ist (...) die wirtschaftliche Relevanz im Sinne einer abstrakten Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung, wobei die objektive Eignung genügt und unbeachtlich ist, ob subjektiv ein Wille zu wirtschaftlicher Tätigkeit gegeben ist. Dem Beklagten hilft daher die Berufung auf eine in der Literatur geäusserte Auffassung nichts, wonach trotz des Verzichts auf das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ein Verstoß gegen das UWG jedenfalls ein Handeln in der Absicht voraussetze, den Wettbewerb zu beeinflussen (...)».

In einem 10 Monate später gefällten Entscheid in Sachen Schweri bzw. Denner AG gegen Staatsanwaltschaft des Kt. Zürich ist das Bundesgericht von seiner grundsätzlich ablehnenden Haltung gegenüber dem Erfordernis der Wettbewerbsabsicht jedoch insofern etwas abgerückt, als es nun immerhin anerkennt, dass die Absichten und Motive des Täters «in Grenzbereichen von ausschlaggebender Bedeutung» seien (unveröff. BGE vom 13. Dezember 1994). Damit anerkennt es - trotz der grundsätzlichen Verhaftung auf dem funktionalen Ansatz - offenbar eine gewisse Relevanz subjektiver Elemente bereits de lege lata, was zumindest nach der bisher recht deutlichen Ablehnung der Theorie der Wettbewerbsabsicht bemerkenswert ist. Mit seiner nuancierten Auffassung im Fall Denner AG kommt das Bundesgericht ausserdem auch in die Nähe der parlamentarischen Vorstösse der Nationalräte Peter Vollmer<sup>19</sup> und Elisabeth Zölch<sup>20</sup>. Während NR Vollmer in allgemeiner Form die Schaffung eines Medienprivilegs im UWG anregte (ähnlich jenem von Art. 4 aUWG von 1943, der bei der UWG-Revision 1983/1988 ersatzlos gestrichen wurde), verlangt die Motion Zölch de lege ferenda u.a. eine die Wettbewerbsabsicht ausdrückende Ergänzung von Art. 2 UWG («zu Zwecken des Wettbewerbs»). Beide Motionen wurden jedoch abgelehnt bzw. auf die Revision des Medienstrafrechts vertagt. In der Märzsession 1997 hatte es der Nationalrat dann aber abgelehnt, im Rahmen des neuen Medienstrafrechts eine Sonderregelung zu treffen und das UWG nur dann auf Journalisten anzuwenden, wenn sie bei ihrer

17 Wettbewerbsabsicht; so vor allem NOBEL, a.a.O., 251.

18 Soweit ersichtlich, ist bisher lediglich in einem Fall ausdrücklich die Wettbewerbsabsicht verlangt worden (Urteil des Bezirksgerichts Zürich i.S. BZ Bank/H.P. Bürgin, SJZ 1994, 178, 184).

19 Motion Nr. 93.3617 vom 15. Dezember 1993.

20 Motion Nr. 93.3626 vom 15. Dezember 1993.

Berichterstattung Wettbewerbsabsichten verfolgen. Damit war zu erwarten, dass die Diskussion um die Wettbewerbsabsicht, *de lege lata* und *ferenda*, definitiv beendet war. Recht überraschend hat nun aber die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates mit Datum vom 1. Juli 1997 eine neue Motion eingereicht und den Bundesrat dazu eingeladen, «umgehend eine Vorlage für die Revision der Strafbestimmungen» des UWG «zu unterbreiten, welche die Grundrechte der Meinungs- und Informationsfreiheit besser wahrt»<sup>21</sup>. Der Bundesrat hat sich am 9. September 1997 bereit erklärt, diese Motion entgegenzunehmen, so dass diese Diskussion somit zumindest bezüglich der Anwendbarkeit der UWG-Strafbestimmungen auf die Medien weitergeführt werden wird.

## 2. Modifizierter funktionaler Ansatz

Auch die Befürworter des funktionalen Ansatzes haben im Anschluss an den «Bernina»-Entscheid versucht, der durch das UWG für die Medien geschaffenen, im Einzelfall zu möglicherweise unbilligen Resultaten führenden Rechtslage entgegenzuwirken. Dies geschah in erster Linie durch den Versuch, einen an den praktischen Anforderungen orientierten journalistischen Sorgfaltsmasstab zu etablieren. Die Vertreter dieses Ansatzes konzedieren, dass es für Journalisten vor allem aus Zeitgründen oft nicht möglich ist, von allem Anfang an völlig zutreffende Aussagen zu machen. Vor allem bei komplexen Gegenständen sei ein aufwendiger Diskurs erforderlich, der vor einer Berichterstattung oft nicht oder nur unvollständig geführt werden kann<sup>22</sup>. Es soll dem Journalisten nach dieser Theorie gestattet sein, den Diskurs zu eröffnen; soweit er dies tue, müsse er aber in fairer Weise auch bereit sein, den Diskurs weiterzuführen, d.h. er müsse den Betroffenen in seinem Medium in fairem Umfang zu Wort kommen lassen bzw. in der Folge auch die Sichtweise und Auffassung des Betroffenen sachgerecht und angemessen zum Ausdruck bringen, und zwar möglichst rasch<sup>23</sup>. In eine ähnliche Richtung gehen auch Zeller<sup>24</sup> und Schaltegger<sup>25</sup>. Vor allem Zeller und neuerdings auch Tafer, Einbezug von Dritten im UWG, Diss. Zürich 1997, fordern von den Medi-

enschaffenden «grosse Sprachkompetenz» und führen mit Beispielen aus, was das in der Praxis heissen soll<sup>26</sup>. Diese Neudefinition der journalistischen Sorgfalt, der sich auch das Bundesgericht im Fall der Erben von Wilhelm Frick unter dem Begriff «wirtschaftlicher Ehrenschutz» angeschlossen hat (vgl. BGE 118 IV 160 f.), ohne die Thematik aber ausdiskutieren, überzeugt jedoch nicht vollends, da sie sich zuweilen auf blosser «Sprachkosmetik» beschränkt und sozusagen als «Rettungsanker» für zweifelhaft journalistische Aussagen herhalten soll<sup>27</sup>. So fragt es sich doch, ob es rechtlich einen Unterschied macht, ob geschrieben wird «Bernina nähtechnisch im Rückstand!» oder - angeblich weniger problematisch - in Frageform «Bernina nähtechnisch im Rückstand?». Dieselben Zweifel bestehen gegenüber dem Gebrauch des Konjunktivs statt des Indikativs und ähnlichen sprachlichen Variationen.

Verschiedene Vertreter des funktionalen Ansatzes sprechen sich für eine generelle Zurückhaltung bei der Anwendung der UWG-Strafnormen auf die Medien aus. Damit soll zumindest im Bereich des Strafrechts sichergestellt werden, dass die Medien bei der Wahrnehmung ihrer «besonderen Aufgabe» in der demokratischen Gesellschaft<sup>28</sup> nicht (übermässig) pönalisiert werden. So stellt etwa Riklin fest, dass im UWG im Ergebnis typische Zivilrechtsnormen in Strafnormen gekleidet worden seien, was systemwidrig sei; deshalb sei «den Gerichten bei der Anwendung der Strafnormen des UWG (...) grösste Zurückhaltung nahelegen»<sup>29</sup>. Ob die Gerichte diesem Appell folgen werden, wird sich noch weisen. Immerhin sind bei diesem Ansatz bereits

21 Motion Nr. 97.3390.

22 So ZÄCH, Das UWG und die Medien - Plädoyer für besondere Anforderungen an die journalistische Sorgfalt, ZSR 1992, 184.

23 So ZÄCH, a.a.O.

24 ZELLER, a.a.O., 19 ff.

25 SCHALTEGGER, Die Haftung der Presse aus unlauterem Wettbewerb, Zürich 1992, 59 ff.

26 ZELLER, a.a.O., 24; Tafer, Einbezug von Dritten im UWG, Diss. Zürich 1997, 100 f.

27 Vgl. MEILI, plädoyer 5/1993, 32; NOBEL/MEILI, Unlauterer Wettbewerb und Medienpraxis, NZZ vom 17./18. Juli 1993.

28 Vgl. BGE 95 II 492; siehe auch schon BGE 37 I 388.

29 RIKLIN, Strafrechtliche Aspekte der Anwendung des neuen UWG auf Medienschaffende, AJP 1993, 623 und 625; id., Schweizerisches Presserecht, Bern 1995, 277 und 280; gl.M. auch PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, UWG, Bern 1992, 238.

einzelne verfassungsrechtliche Erwägungen mitberücksichtigt; diese werden aber im Unterschied zum im folgenden darzustellenden verfassungsmässigen Ansatz vorrangig nur für den Bereich des Strafrechts miteinbezogen und bleiben somit - nicht ganz konsequent - für den praktisch viel wichtigeren zivilrechtlichen Bereich weitgehend ausser Betracht.

### 3. Verfassungsmässiger Ansatz

Für die Lösung der aufgezeigten Konflikte zwischen möglichst freier Berichterstattung und dem Schutz individueller Rechte der Betroffenen erscheint daher zumindest de lege lata der bis anhin noch wenig diskutierte, aber an sich naheliegende verfassungsmässige Ansatz geeigneter. Vor allem Saxer plädiert für die verfassungskonforme Auslegung des UWG und lässt sich dabei vom normenhierarchischen Geltungsvorrang der Verfassung gegenüber dem Gesetzesrecht leiten<sup>30</sup>. Die Normen des UWG stellen Regeln des wirtschaftlichen Wettbewerbs und zugleich eine Ausgestaltung der individuellen Wirtschaftsfreiheit dar. Sie sind daher dem Anwendungsbereich der Handels- und Gewerbefreiheit zuzuordnen<sup>31</sup>. Durch die unbesehene Anwendung einer Regelung der HGF im Schutzbereich ideeller Grundrechte besteht die Gefahr, dass die in der Verfassung vorausgesetzte Gleichrangigkeit der Grundrechte - das Bundesgericht geht in seiner Praxis zuweilen sogar von einem gewissen Vorrang der Kommunikationsgrundrechte aus (vgl. BGE 96 I 592) - empfindlich gestört wird. Denn durch die generelle Unterordnung ideellen Freiheitsgebrauchs unter eine Regelung, die, wie das UWG, zum Geltungsbereich der HGF gehört, können grundrechtsspezifische Unterschiede in den verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der Schran-

kenausgestaltung nicht mehr wahrgenommen werden<sup>32</sup>. Es besteht so die gefährliche Tendenz, dass die individuelle Wirtschaftsfreiheit in Gesetzgebung und Praxis einen höheren Stellenwert erhält als die Grundrechte der Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit<sup>33</sup>. Dass diese Gefahr nicht schon bei der Revision des UWG erkannt wurde, hat sicher auch etwas damit zu tun, dass weder in der Expertenkommission noch in den verschiedenen parlamentarischen Hearings irgendwelche Journalisten oder Medienunternehmen vertreten waren<sup>34</sup>. Entsprechend wird die Frage der Verfassungsmässigkeit der Neuregelung des UWG in der Botschaft auch nur kurz und ohne Bezug auf grundrechtliche Grenzen der Anwendung des UWG behandelt<sup>35</sup>. Auch keiner der zahlreichen parlamentarischen Vorstösse nahm auf das Problem der Einbindung der Medien und anderer Grundrechtsträger in das UWG Bezug<sup>36</sup>.

Die unbesehene Anwendung des UWG auf die Medien kann aber nicht nur mit schweizerischem Verfassungsrecht, sondern auch mit der EMRK kollidieren. Nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK darf die freie Meinungsäusserung u.a. zum «Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer» nur soweit eingeschränkt werden, als es «in einer demokratischen Gesellschaft (...) notwendig» ist. Ob eine Einschränkung der Meinungsfreiheit in diesem Sinne zulässig ist oder nicht, bereitet im Einzelfall, wo Kommunikationsgrundrechte mit der durch die HGF geschützten individuellen Wirtschaftsfreiheit kollidieren, häufig grosse Schwierigkeiten. Das bekannteste UWG-Beispiel ist der bereits kurz angesprochene «Mikrowellen»-Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Februar 1994, der kürzlich von der 2. Kammer der Europäischen Kommission für Menschenrechte ganz anders beurteilt worden ist. Zum Sachverhalt: Das bernische Handelsgericht hat einem Umweltbiologen die Wiederholung seiner Behauptung verboten, in Mikrowellen zubereitete Speisen seien gesundheitsschädigend. Das Bundesgericht segnete dieses Verbot ab (BGE 120 II 76 ff.). In bezug auf den hier diskutierten Konflikt zu den Verfassungsrechten und Konventionsgarantien stellte es dabei folgendes fest: «Von einer der Bundesverfassung oder der Europäi-

30 SAXER, a.a.O., 607.

31 Art. 31bis Abs. 2 und Art. 31sexies BV; hierzu RHINOW, BV-Kommentar zu Art. 31bis, Rz 37 ff. und zu Art. 31sexies, Rz 11 und 76 ff.

32 So SAXER, a.a.O., 607 m.H.

33 Vgl. dazu die Analyse von SAXER, Wirtschaftsfreiheit vs. Medienfreiheit: Wie weit soll der Schutz der Wirtschaft gegenüber den Medien gehen?, AJP 1994, 1136 ff., 1152.

34 Vgl. Botschaft des Bundesrates zum neuen UWG, BBl 1983 II 1023 f. und 1091.

35 Vgl. BBl a.a.O., 1089 f.

36 Vgl. BBl a.a.O., 1013 f.; siehe zum ganzen auch SAXER, AJP 1993, 606 FN 26.

schen Menschenrechtskonvention widersprechenden Anwendung des UWG kann dabei nicht die Rede sein. Das Gesetz hat u.a. die Aufgabe, Grundrechtsinteressen und andere, gegenläufige Staatsaufgaben so gegeneinander abzugrenzen, dass beiden verfassungsrechtlichen Anliegen weitestmöglich Rechnung getragen wird (...). Entsprechend diesem Regelungsgedanken und den ihm zugrundeliegenden Wertungen ist das Gesetz auch auszulegen. Funktionalität des Wettbewerbs, Wirtschafts-, Meinungsäusserungs-, Wissenschafts- und Pressefreiheit sind bestmöglich zu gewährleisten, gegenseitig aber auch im Interesse der praktischen Konkordanz der verschiedenen Verfassungsziele zu beschränken. Dabei ist zu beachten, dass das UWG bloss Ansprüche gegenüber unlauteren Äusserungen bietet, und Sinn und Zweck weder der Meinungsäusserungs- noch der Pressefreiheit sein kann, solche widerrechtlichen Kundgebungen zu legitimieren» (BGE a.a.O., 82).

Zu einem anderen Schluss gelangte die Europäische Kommission mit 10:5 Stimmen (der Schweizer Vertreter Stefan Trechsel war in der Minderheit) in ihrem Bericht vom 9. April 1997: «Entsprechend der Rechtsprechung der Konventionsorgane muss der Eingriff Folge einer dringenden sozialen Notwendigkeit (pressing social need) und im Verhältnis zum angestrebten gesetzlichen Zweck proportional sein. In diesem Zusammenhang ruft die Kommission in Erinnerung, dass die Meinungsfreiheit eines der grundlegendsten Fundamente einer demokratischen Gesellschaft darstellt. Unter Vorbehalt von Art. 10 Ziff. 2 EMRK ist dieses Grundrecht nicht nur auf Informationen und Ideen anwendbar, die positiv aufgenommen werden oder folgenlos sind bzw. als indifferent angesehen werden, sondern auch auf Inhalte, die verletzen, schockieren oder verunsichern (...)»<sup>37</sup>. Für den konkreten Fall befand die Kommission weiter: «Es trifft zu, dass die umstrittenen Publikationen eine mit Übertreibungen angereicherte Sprache benutzen, so z.B. wenn gesagt wird, alle Mikrowellenöfen sollten zerstört werden, oder wenn der Text mit dem Symbol eines den Tod darstellenden Sensenmannes versehen war. Nach Meinung der Kommission machte jedoch die Publikation

dem Leser klar, dass es das Ziel des Beschwerdeführers war, seine persönliche Meinung in einer Materie auszudrücken, in der er sich zuständig fühlte, und dass es ihm nicht darum ging, eine ausgewogene Diskussion in Gang zu bringen. Zwar ist es richtig, dass Art. 10 EMRK den Vertragsstaaten unter solchen Umständen einen Ermessensspielraum zubilligt. Dennoch betrachtet die Kommission die Meinungsfreiheit für die freie Auseinandersetzung in Gebieten von öffentlichem Interesse als besonders wichtig, so auch im Bereich der öffentlichen Gesundheit (...). Im Ergebnis war der angefochtene Eingriff im Verhältnis zum legitimen Ziel nicht proportional und deshalb in einem demokratischen Staat für den Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer nicht nötig, wie dies Art. 10 Ziff. 2 EMRK fordert» (Bericht a.a.O.).

Noch ungewiss ist, ob sich der Europäische Menschenrechts-Gerichtshof dem genannten Kommissionsbericht anschliessen wird. Immerhin zeigt der Bericht, dass der funktionale Ansatz des Wettbewerbs- und Lauterkeitsrechts bei ideellen Äusserungen an Grenzen der Meinungsäusserungsfreiheit stösst<sup>38</sup>. Mit Saxer<sup>39</sup> ist daher gesamthaft zu schliessen, dass in Zusammenhang mit «marktrelevanten» bzw. «marktgeneigten» ideellen Äusserungen bei der Interpretation des UWG der Gehalt von Art. 10 EMRK zumindest dann zu berücksichtigen ist, wenn sich die Äusserungen nicht gegen bestimmte Wirtschaftssubjekte, Marken und Produkte richten, sie ideell motiviert sind und von Seiten eines Dritten erfolgen, der selber nicht Wettbewerbsteilnehmer ist. Vor allem die letzte Überlegung ist für die Medien, aber auch für andere Dritte, z.B. für die Wissenschaft, von erheblicher Bedeutung.

Mit dem Bericht der Europäischen Kommission könnte gleichermassen auch das Eis für eine verfassungskonforme Auslegung des UWG auf die Medien im innerstaatlichen Bereich gebrochen worden sein. Denn in der Praxis haben verfassungsrechtliche Überlegungen bei der Anwendung des UWG auf Medienschaffende bisher keine oder nur eine sehr untergeordnete Rolle gespielt<sup>40</sup>. Zwar fanden gewisse verfassungsrechtliche Bezüge gelegentlich Eingang in

37 Bericht i.S. H.U.H. v. Schweiz (Nr. 25181/94), wiedergegeben in deutscher Übersetzung in *medialex* 3/1997, 158 f. (siehe dazu auch oben FN 5).

38 Vgl. auch den Kommentar hierzu von SAXER, *medialex* 3/1997, 159.

39 SAXER, a.a.O.

40 Gl.M. SAXER, *AJP* 1993, 606 f. m.H. auf einzelne Entscheide.

die Erwägungen der Gerichte oder Behörden<sup>41</sup>, doch vermisste man eine systematische und konsequente Umsetzung des verfassungsrechtlichen Ansatzes bei UWG-Presserechtsfällen.<sup>42</sup> Als Lichtblick ist immerhin der bereits früher erwähnte «Flugblatt»-Entscheid zu werten, bei dem das Bundesgericht sich ansatzweise etwas liberaler zeigte als in Fällen, die Berichte klassischer Medien (TV, Radio, Print usw.) betreffen. Danach dürfe zumindest bei Äusserungen in Flugblättern Unlauterkeit «nur mit Zurückhaltung» angenommen werden, und es falle die Meinungsäusserungsfreiheit namentlich dann ins Gewicht, wenn die Äusserung ein in der Gesellschaft wichtiges Thema, wie etwa die öffentliche Gesundheit, betreffe (BGE 123 IV 216). Diese Feststellung ist sicher erfreulich; weshalb im bekannten «Kassensturz»-Urteil i.S. «Contra-Schmerz» aber gerade anders entschieden wurde, ist wenig einsichtig.

#### 4. Weitere Gesichtspunkte

Bei der Würdigung der schwierigen Stellung der Medien gegenüber dem griffigen Lauterkeitsrecht ist abschliessend auch das Problem zu berücksichtigen, dass - anders als bei zivilrechtlichen Klagen gestützt auf den allgemeinen Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB - die im UWG nota bene nicht erwähnten Rechtfertigungsgründe der Einwilligung des Verletzten, des für die Medien besonders relevanten überwiegenden privaten oder vor allem öffentlichen Interesses und der Gesetzesvorschrift (Art. 28 Abs. 2 ZGB) in der Praxis bisher nur selten angewendet werden. Somit erfolgt ein Ausgleich der unterschiedlichen Interessen der Betroffenen und der Medien auch auf dieser Stufe kaum oder zumindest zu wenig konsequent. Man muss daher feststellen, dass ein Kläger, der sich gegen eine Medienberichterstattung mit den Instrumenten des UWG wehrt, heute tendenziell grössere Chancen hat, mit seinen Ansprüchen durchzudringen, als wenn er konventionell gestützt auf Art. 28 ZGB vorgeht.

Ein Vorgehen gegen Medienschaffende über das UWG ist aufgrund der insgesamt wenig medienfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts häufig auch in Fällen der Ehrverletzung attraktiv. Wäh-

rend die konventionellen Ehrverletzungsklagen gegen die Medien im Kt. Zürich und in einigen anderen Kantonen<sup>43</sup> auf dem Wege der sog. prinzipialen Privatstrafklage zu betreiben sind (vgl. § 287 und §§ 294 ff. StPO ZH), genügt es bei einem Vorgehen über UWG, bei den ermittelnden Behörden Strafantrag zu stellen (Art. 23 UWG) mit der Folge, dass das weitere Vorgehen von den staatlichen Untersuchungsorganen und auf Kosten des Staates vorangetrieben wird. Diese Vorgehensweise stellt damit ein beliebtes Druckmittel gegen die Medien dar, um im Zivilverfahren oder aussergerichtlich in der Entschädigungs- oder Genugtuungsfrage zu einer raschen und günstigen Einigung zu gelangen. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass die in Art. 23 UWG angedrohten Strafen z.T. schärfer sind als bei den Ehrverletzungsdelikten (vgl. z.B. den Tatbestand der üblen Nachrede, Art. 173 StGB), nämlich Gefängnis bis zu drei Jahren (statt nur bis zu sechs Monaten) und Busse bis zu Fr. 100'000 (statt Fr. 40'000)<sup>44</sup>.

Solche Verfahren werden in Zukunft eher noch weiter zunehmen, zumindest solange die schweizerischen Gerichte und der Bundesgesetzgeber bei der Anwendung und Ausformulierung des Lauterkeitsrechts die Funktion und Aufgabe der Medien in unserer Gesellschaft weitgehend ausser Acht lassen. Zu pauschale Erwägungen in Urteilen wie jenes i.S. «Contra-Schmerz» schmerzen. Es wäre bedauerlich, wenn die nötige Korrektur von Strassburg aus kommen müsste. Vorläufig bleibt dies aber die letzte Hoffnung. ■

41 Vgl. etwa die Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich i.S. NZZ/Werner K. Rey, SMI 1992 113,115 f.; siehe auch das bereits erwähnte Urteil des Bezirksgerichts Zürich i.S. BZ Bank/H.P. Bürgin, SJZ 1994,178, 183, wo deutlich ausgeführt wird, dass das UWG lediglich «partikuläre, wirtschaftliche Interessen» schütze, die «hinter den stärker eingelassen Interessen der Pressefreiheit zurückzutreten» haben.

42 Die bisher konsequenteste Anwendung verfassungsmässiger Überlegungen findet sich vermutlich in einem unveröff. Entscheid des Aargauer Handelsgerichts vom 15. Juli 1995 i.S. VPM/Ringier AG betr. ZGB 28 und UWG.

43 Z.B. SG, GR, AG und TG.

44 Vgl. hierzu auch SCHUBARTH, Grundfragen des Medienstrafrechtes im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZStrR 1995, 141 ff., 154.