

Leading Cases (II) **zum Projekt**

„Eine neue Perspektive auf Rechtswissenschaft“
(Sommersemester 2015)

„Schockwerbungsszenario“

I. „Leading Cases“

II. Rechtsquellen

1. Art. 5 GG

2. Art. 12 GG

III. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Sachverhalt

IV. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Gerichtsentscheidungen

V. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Auslegung des § 1 UWG (alte Fassung)

VI. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Unbestimmte Rechtsbegriffe

VII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ RER- Prüfung – Meinungsfreiheit

1. Recht

2. Eingriff

3. Rechtfertigung

- a) Spezielle Schranken
- b) Allgemeine Schranke – Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne
 - aa) Geeignetheit
 - bb) Erforderlichkeit
 - cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

VIII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – verkürzte RER-Prüfung – Berufsausübungsfreiheit

- 1. Recht
- 2. Eingriff
- 3. Rechtfertigung
 - a) Spezielle Schranken
 - b) Allgemeine Schranke – Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

aa) Geeignetheit

bb) Erforderlichkeit

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

IX. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – aktuelle Fragestellungen im UWG

X. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Abwandlung

XI. „Revisited“: Schockwerbung durch Rechtsanwalt (BVerfG, Urt. v.
05.03.2015,
Az. 1 BvR 3362/14)

I. „Leading Cases“

Grundsätzlich existieren in der Rechtstheorie wie –geschichte zwei Alternativen: Zum einen das Abstraktionsprinzip inkorporierende „Civil Law“ und zum anderen das fallorientierte „Common Law“. Die Präsentationsmethode, die im Folgenden gewählt wird, ist ein „Mixtum“: Abstrakte Normen werden im Kontext eines bestimmten Sachverhalts (Szenario) und einer bestimmten Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung erläutert. Vorausgesetzt wird die Kenntnis der Elemente der Gewaltenteilungslehre (Legislative, Exekutive (Gubernative als Subelement) und Judikative). Vorausgesetzt wird weiterhin die Kenntnis des Unterschieds von „Normen“ (abstrakt-generelle Bestimmungen) und Einzelfallentscheidungen (konkret-individuell und konkret-generell (vgl. § 35 S. 1 u. 2 VwVfG)).

II. Rechtsquellen

Art. 5 GG

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

Art. 12 GG

(1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

(2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.

(3) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.

III. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Sachverhalt



Quelle: http://press.benettongroup.com/ben_en/image_gallery/campaigns/?branch_id=1156 (02.09.2010).

III. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Sachverhalt

Das Bekleidungsunternehmen B* warb mit dem Bild einer infolge einer Umweltkatastrophe ölverschmierten Ente und dem Hinweis „colors of Benetton“. Ein Konkurrent C von B beanstandete, dass es sich um sittenwidrige Werbung nach § 1 Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) in der damals geltenden Fassung handele:

§ 1 UWG [in der bis zum 07.07.2004 geltenden Fassung]

Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

* Didaktische Abänderung im Vergleich zum vom BVerfG entschiedenen Sachverhalt.

III. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Sachverhalt

B nutze das Mitgefühl der Verbraucher aus, um Kleidung zu verkaufen. Das sei wettbewerbswidrig. Der Bundesgerichtshof (BGH) gab dem Konkurrenten C Recht. Zwar handele es sich bei der Werbung des B um eine nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt GG geschützte Meinung.

Art 5 GG, Recht der freien Meinungsäußerung, Medienfreiheit, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.

[...]

III. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Sachverhalt

Eine verfassungskonforme Auslegung von § 1 UWG [damalige Fassung] ergäbe aber, dass diese meinungsfreiheitlich geschützte Werbung wettbewerbswidrig sei. Die Ausbeutung der Gefühle der Käufer sei weder verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich gerechtfertigt. § 1 UWG [damalige Fassung] sei – so ausgelegt – ein „allgemeines Gesetz“ im Sinne der Schrankenbestimmung von Art. 5 Abs. 2 GG

Art. 5 Abs. 2 GG

Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

III. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Sachverhalt

B wandte sich daraufhin an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit der Argumentation, dass „Meinungen“ oft an das Mitgefühl anderer appellierten. B sah nicht ein, wieso eine „werbliche“ Meinung deswegen untersagt werden dürfe, weil sie „wirke“. Der verfassungsrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit verlange, dass eine solche Werbung zulässig sei. Die Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG verbiete es deshalb, einen Verstoß gegen die „guten Sitten“ nach § 1 UWG [damalige Fassung] anzunehmen.

V. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Auslegung des § 1 UWG (alte Fassung)

§ 1 UWG [in der bis zum 07.07.2004 geltenden Fassung]

Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Grammatische Auslegung

Handelt es sich um eine „Sitte“ oder mehrere „Sitten“?
Was ist „gut“?

Historische Auslegung

§ 1 UWG a.F. stammt aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 07.06.1909 das im Laufe der Zeit mehrfach geändert wurde.
Welche „guten Sitten“ damals auch immer vorgeherrscht haben mögen – welche Bedeutung haben sie für die „Schockwerbung“?

Systematische Auslegung

Bei Lektüre der übrigen Normen des UWG findet sich keine „Referenzvorschrift“, die eine Systematisierung erlaubt.

Teleologische Auslegung

Sinn und Zweck des Schutzes der guten Sitten im Wettbewerb ist der Schutz des Anbieters, der Mitbewerber, der Verbraucher, der Allgemeinheit und des „leistungsfähigen Wettbewerbs“.

IV. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Gerichtsentscheidungen

- **Gerichtsentscheidungen zum Szenario:**
BVerfG, Urt. v.12.12.2000, Az. 1 BvR 1762/95 u. 1 BvR 1787/95, abrufbar unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20001212_1bvr176295.html (02.09.2010);
BGH, Urt. v. 6.7.1995, Az. I ZR 239/93, NJW 1995, 2488 (Ölverschmutzte Ente).
- **Andere Gerichtsentscheidungen zur Benetton-Werbung:**
BVerfG, Beschl. v.11.03.2003, Az. 1 BvR 426/02, abrufbar unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030311_1bvr042602.html (02.09.2010);
BGH, Urt. v. 6.12.2001, Az. I ZR 284/00, NJW 2002, 1200 (HIV Positive II);
BGH, Urt. v. 6.7.1995, Az. I ZR 180/94, NJW 1995, 2492 (HIV Positive);
BGH, Urt. v. 6.7.1995, Az. I ZR 110/93, NJW 1995, 2490 (Kinderarbeit).

V. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Auslegung des § 1 UWG (alte Fassung)

Lange Zeit hat der BGH versucht, die „guten Sitten“ als Anschauungen von **Durchschnittskaufleuten** zu definieren. In einzelnen Entscheidungen wurden sogar **Meinungsumfragen** verlangt, um die Verbreitung dieser Meinung der Durchschnittskaufleute zu ermitteln. Erst in einer Entscheidung aus dem Jahre 1995 stellt der BGH fest: „... das normative Element des Begriffs der „guten Sitten“, im Wettbewerb sich so zu verhalten, wie es sein soll, nicht wie es mehrheitlich geschieht oder geduldet wird, **lässt es nicht zu**, den Begriff der „guten Sitten“ im Wettbewerb ... **einer Verkehrsbefragung zu überlassen**“ (BGH, Urt. v. 06.07.1995, NJW 1995, 2492 „HIV-positiv“).

In einer dogmatischen Betrachtung handelt es sich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**, bei dem Rechtsetzungsmacht vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber auf die Rechtsprechung delegiert wird. Die Rechtsprechung muss sich bei der Anwendung dieses **unbestimmten Rechtsbegriffs** wie der Gesetzgeber an der Verfassung orientieren (**Normenhierarchie**).

VI. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Unbestimmte Rechtsbegriffe

Weitere Beispiele für unbestimmte Rechtsbegriffe:

§ 138 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die **guten Sitten** verstößt, ist nichtig.
[...]

§ 242 BGB, Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie **Treu und Glauben** mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

VI. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Unbestimmte Rechtsbegriffe

Regelbeispieltechnik zur Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen nach den UWG-Novellen von 2004/2008 (Stand: 06/2015): 11 Fallgruppen

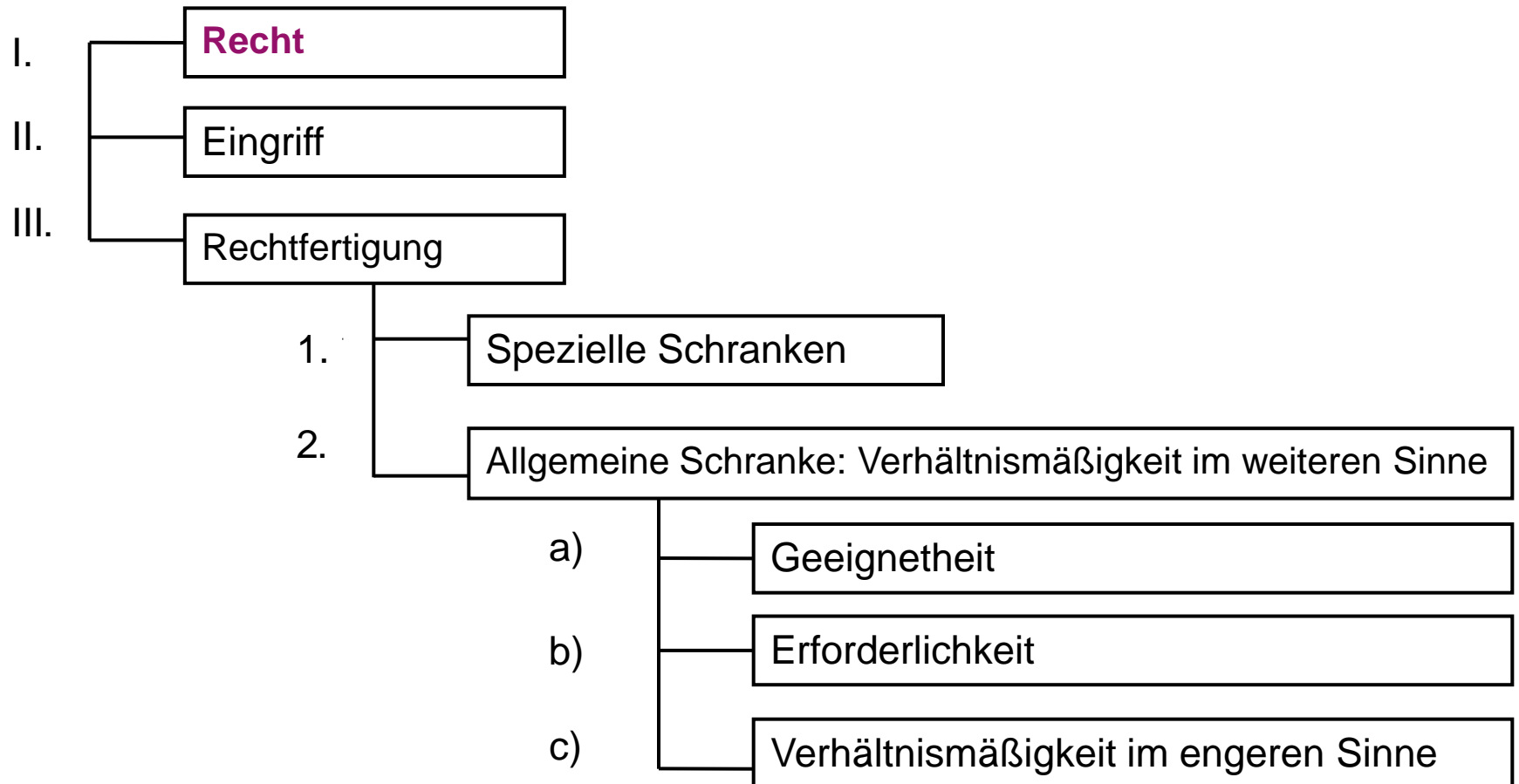
§ 4 UWG, Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen [Stand: 10/2010]

Unlauter im Sinne von § 3 handelt **insbesondere**, wer

1. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, **in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss** zu beeinträchtigen;
 2. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit insbesondere von Kindern oder Jugendlichen, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen;
 3. den Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen verschleiern;
- [...]
11. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

VII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – RER-Prüfung – Meinungsfreiheit

1. Recht



VII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – RER-Prüfung – Meinungsfreiheit

1. Recht

Art 5 GG, Recht der freien Meinungsäußerung, Medienfreiheit, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. [...]

B meint:

„Das Recht auf Meinungsäußerung umfasst Äußerungen in der Wirtschaftswerbung. Jede Meinung, auch die kommerziell(e) (motivierte), soll von der Meinungsfreiheit geschützt werden.“

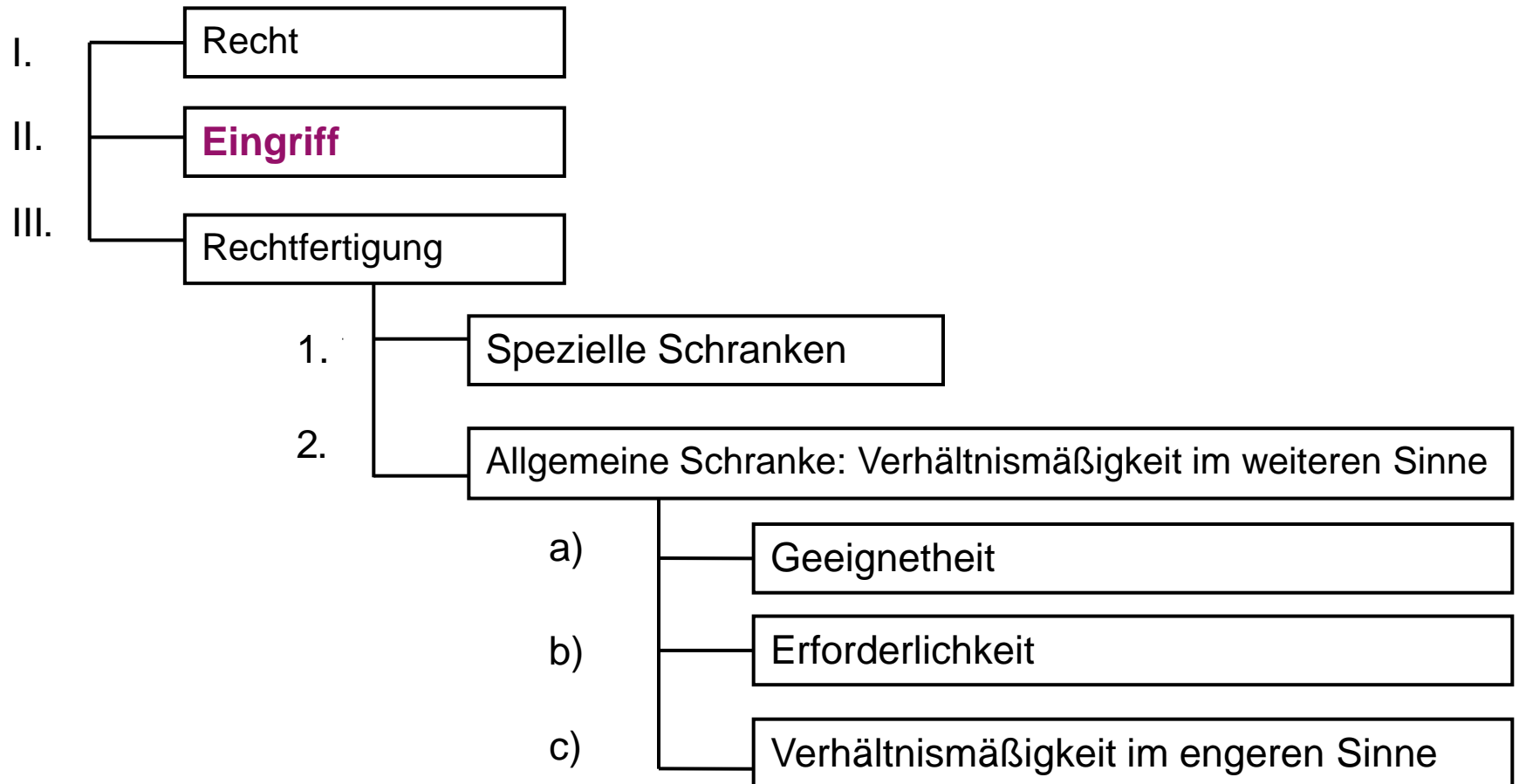
VII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – RER-Prüfung – Meinungsfreiheit

1. Recht

Bei der Benetton-Werbung müsste es sich um eine Meinung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG) handeln. Von der **grammatischen** Bedeutung erschließt sich der Begriff durch das Possessivpronomen „mein“. An einer solchen Beziehung zwischen Äußerndem und Meinungsinhalt könnte es bei der Werbung, die regelmäßig von „Kreativkollektiven“ erstellt wird, fehlen (Werbeagentur, Auftraggeber ...). Nach neuerer Rechtsprechung ist auch die kommerzielle Äußerung – wie im Szenario 1 – vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst. In der Vergangenheit war dies sowohl in der deutschen wie auch der amerikanischen Literatur umstritten, weil „bloß“ kommerzielle Äußerungen keinen „Auseinandersetzungswert“ hätten. Kommerzielle Äußerungen wie die Werbung seien deshalb in ihrer Wertigkeit für die demokratische Verfasstheit der BRD anders zu beurteilen als etwa ideelle Äußerungen (Beispiel: „Soldaten sind Mörder. Kurt Tucholsky“; [BVerfGE 93, 266](#)). Im Interesse einer möglichst großen Vielfalt des Meinungsangebots werden indes nach der neueren Rechtsprechung – seit 1995 - auch Werbungen meinungsfreiheitlich geschützt.

VII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – RER-Prüfung – Meinungsfreiheit

2. Eingriff



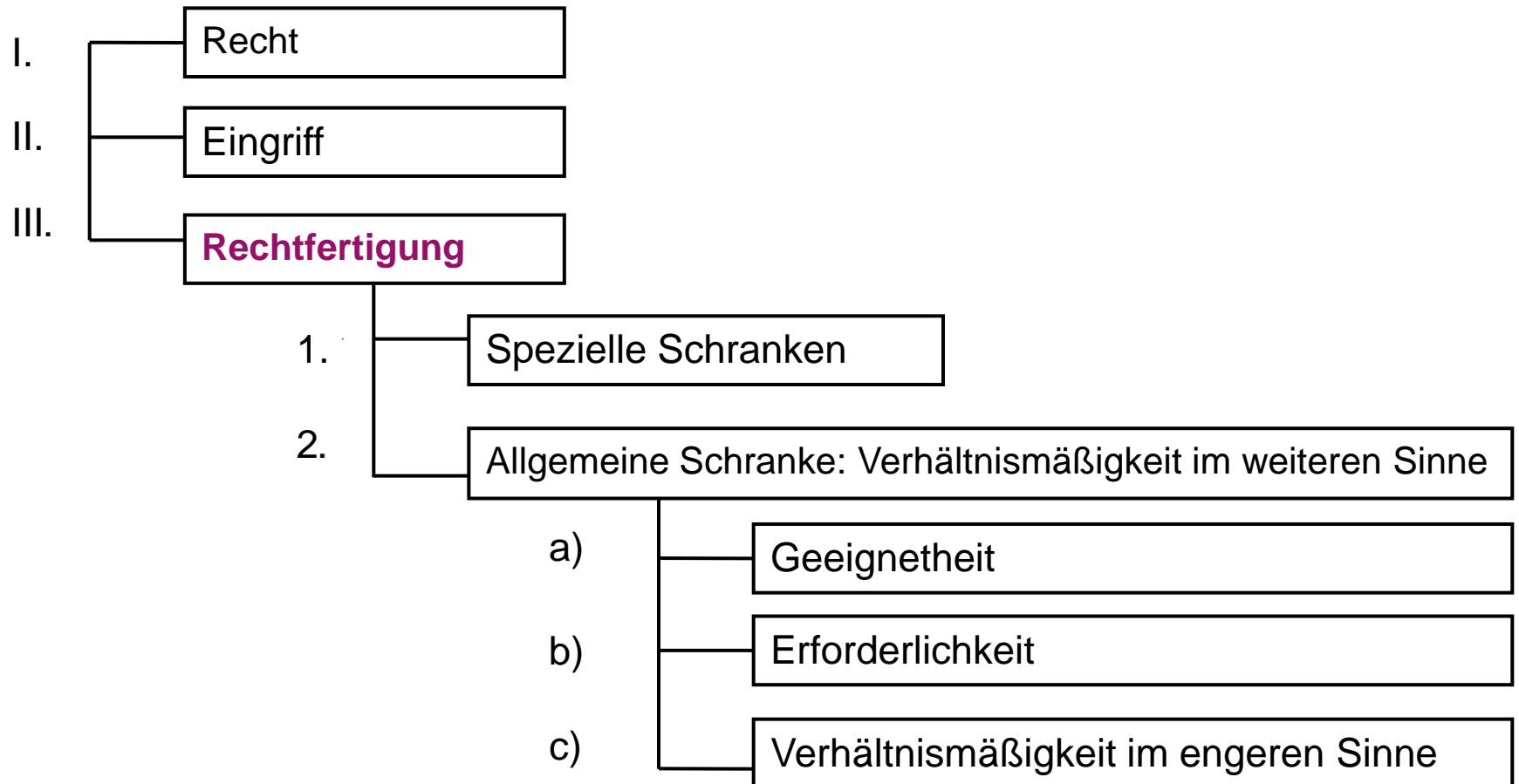
VII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – RER-Prüfung – Meinungsfreiheit

2. Eingriff

C beantragt, dass B durch ein Gericht aufgegeben werde, diese Werbung zu unterlassen. Weil der BGH diesem Antrag gefolgt ist, konnte B diese Werbung nicht mehr schalten. Ein Eingriff in die Meinungsfreiheit von B liegt vor.

VII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – RER-Prüfung – Meinungsfreiheit

3. Rechtfertigung



a) Spezielle Schranken

FÖR Glossar:

„Spezielle Schranken“ sind solche Schranken, die entweder im Normtext (hier GG) genannt sind oder kraft dogmatischer Auslegung die Grundrechtsverwirklichung einschränken (etwa im Wege der Konkordanz oder der Wechselwirkung).

Art. 5 Abs. 2 GG

Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der **allgemeinen Gesetze**, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

Schranke: UWG = Allgemeines Gesetz?

a) Spezielle Schranken

Beim Begriff „**allgemeines Gesetz**“ führt die **grammatische** Auslegung zu keinem Ergebnis. Gesetze sind per definitionem „allgemein“, das heißt sie sollen für eine unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten und Personen gelten (abstrakt-generelle Regelung).

Die **historische** Auslegung ergibt, dass es sich bei den „allgemeinen“ Gesetzen um einen Verfassungsrechtsbegriff handelt, der aus der Weimarer Reichsverfassung von 1919 stammt. „Allgemeine Gesetze“ werden negativ von nicht-allgemeinen Gesetzen abgegrenzt; und nicht-allgemeine Gesetze sind solche, die sich gegen eine bestimmte Meinung wenden.

Ein Beispiel für ein nicht-allgemeines Gesetz ist etwa ein Zensur-Gesetz, das zur Vorlage von Druckerzeugnissen vor ihrer Veröffentlichung verpflichten würde. Hier wäre offensichtlich, dass Zweck eines solchen Gesetzes die Unterdrückung von Meinungen wäre.

In einer **teleologischen** Auslegung besteht der Zweck des UWG darin, Verbraucher zu schützen und Mitbewerber vor einer Verfälschung des Wettbewerbs zu bewahren. Das UWG könnte damit ein „allgemeines Gesetz“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG sein.

b) Allgemeine Schranke – Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein, um den Schutz des Rechtsguts, das die Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck.
Erforderlichkeit	Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist.
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	Schwere des Eingriffs in das Eingriffsrechtsgut darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundrechtseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

aa) Geeignetheit

Die Untersagung von Schockwerbung müsste geeignet sein, den Verbraucherschutz zu fördern und einer Verfälschung des Wettbewerbs vorzubeugen. Der BGH bejaht dies, weil er B nicht das Recht zugesteht, unter Appell an die ökologische Empfindsamkeit und den Tierschutz Bekleidung zu verkaufen.

Der BGH-Entscheidung liegt eine Wettbewerbskonzeption zugrunde, die eine möglichst sachliche, produkt- und qualitätsorientierte Marktteilnahme fördern will. Ein möglichst informierter Verbraucher soll kompetent sein, Nachfrageverhalten steuern und so zu optimierenden Allokationsentscheidungen auf einem von Angebot und Nachfrage bestimmten Markt beitragen. Emotionale Schockwerbung birgt die Gefahr einer suboptimalen Beeinflussung des Nachfrageverhaltens. Nach Auffassung des BGH ist der Eingriff in das Eingriffsrechtsgut (Untersagung der Meinung) geeignet, um den Schutz der Verbraucher und der Mitbewerber vor einem verfälschten Wettbewerb zu bewirken (Rechtfertigungsrechtsgüter).

aa) Geeignetheit

Gegenüber dieser Wettbewerbskonzeption des BGH ist von weiten Teilen der Literatur der Einwand erhoben worden, dass dann „positive“ emotionale Werbung ebenfalls nicht mehr zulässig sein dürfte (Typisches Beispiel: Wenn die Mutter nicht „Lenor“ benutzt, dann erscheint ihr schlechtes Gewissen; Werbung aus den 70ern).

bb) Erforderlichkeit

Entweder wird die Werbung untersagt oder zugelassen. Eine Maßnahme, die einen qualitativ gleichwertigen Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts – Schutz der Verbraucher und Schutz der Mitbewerber vor verfälschtem Wettbewerb – erzielt und weniger das Eingriffsrechtsgut – Meinungsfreiheit – beschränkt, ist nicht ersichtlich.

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Schwere des Eingriffs in das Eingriffsrechtsgut – Meinungsfreiheit – darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Recht-fertigungsrechtsguts – Schutz der Verbraucher und Schutz der Mitbewerber vor verfälschtem Wettbewerb – stehen.

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – BGH: Bewertung der Eingriffsqualität und der Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts



Der BGH billigte der Werbung des B keinen „Auseinandersetzungswert“ zu. Des Weiteren sah er in der Werbung des B eine Bedrohung des „unverfälschten Wettbewerbs“. Der BGH nahm also eine geringe Schwere des Eingriffs in die Meinungsfreiheit (Eingriffsrechtsgut) und einen wichtigen Beitrag zum Schutz des Wettbewerbs (Rechtfertigungsrechtsgut) an.

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – BVerfG: Bewertung der Eingriffsqualität und der Qualität Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts



Das BVerfG ist der Argumentation des BGH nicht gefolgt und hat die Entscheidung wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben.

Das BVerfG geht von einem schweren Eingriff in die Meinungsfreiheit aus. Grundsätzlich stünde es einem Gericht nicht zu, den Auseinandersetzungswert einer Meinung zu beurteilen. Die Tatsache, dass B Bekleidung verkaufe, nehme dieser Werbung nicht die Beschaffenheit eines Beitrags zur Bildung der öffentlichen Meinung. Des Weiteren werde auch das Rechtfertigungsrechtsgut durch die Untersagung nicht effektiv geschützt. Ein aufgeklärter Verbraucher könne sehr wohl zwischen Bekleidungsangebot und Werbebotschaft unterscheiden. Die Schwere des Eingriffs stünde außer Verhältnis zur bestenfalls minimalen Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts.

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – Stellungnahme FÖR

Nach Ansicht von FÖR ist dem BVerfG zu folgen, wenn man seine Grundannahme teilt: Nämlich den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung. In einem von der Meinungsfreiheit konstituierten Rechtssystem, das Aussagen wie „Soldaten sind Mörder....“ zulässt, ist es nur schwer einsehbar wieso die Abbildung einer ölbedeckten Ente rechtswidrig sein soll. Grundsätzlich gehört es zum Kernbereich der Meinungsfreiheit, die Adressaten zu emotionalisieren und damit für den Meinungsinhalt rezeptions-, memorierungs- und multiplikationsfähig zu machen.

VIII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – verkürzte RER-Prüfung – Berufsausübungsfreiheit

1. Recht



Art. 12 GG, Berufsfreiheit

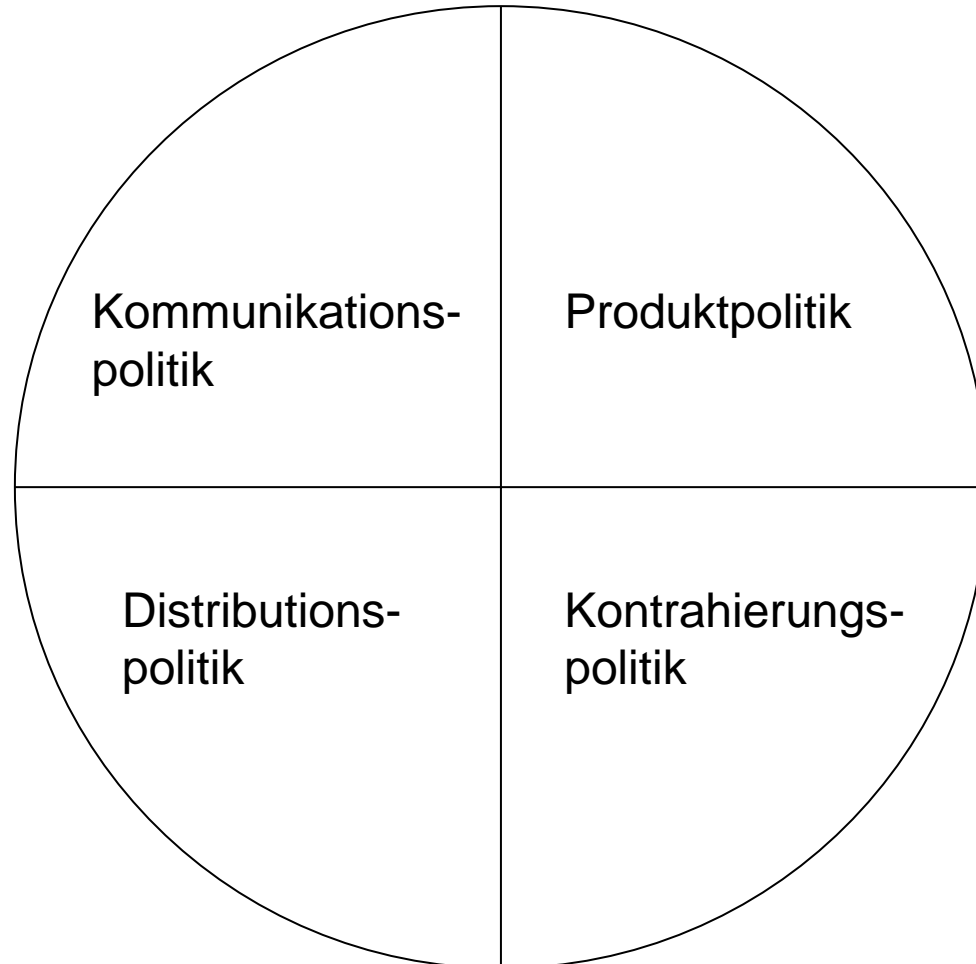
- (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die **Berufsausübung** kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.
- (2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.
- (3) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.

FEX: Die Berufsausübungsfreiheit wird von FÖR als Teilaspekt der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit interpretiert.

VIII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – verkürzte RER-Prüfung – Berufsausübungsfreiheit 1. Recht



Marketing-Mix



VIII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – verkürzte RER-Prüfung – Berufsausübungsfreiheit

1. Recht



Werbung ist Teil der Kommunikationspolitik und aus der Sicht des Marketing-Mix gibt es äquivalente Strategien, die in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG geschützt sind. Zu diesen äquivalenten Strategien gehört etwa die Festsetzung des Preises (Preispolitik), des Designs des Produkts (Produktpolitik) oder der Wahl der Absatzwege (Distributionspolitik). Auch die Werbung ist ein Absatzinstrument und deswegen grundsätzlich von Art. 12 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG geschützt.

VIII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – verkürzte RER-Prüfung – Berufsausübungsfreiheit

2. Eingriff



Wie bereits in der RER-Prüfung zur Meinungsfreiheit ausgeführt wurde, ist der BGH dem Antrag des C gefolgt und hat B untersagt, die betreffende Werbung weiterhin zu schalten. Diese gerichtliche Anordnung begründet einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der B.

VIII. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – verkürzte RER-Prüfung – Berufsausübungsfreiheit 3. Rechtfertigung a) Spezielle Schranken



Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG

Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

Die Untersagung der Werbemaßnahme der B durch den BGH stellt nach Auffassung von FÖR eine Regelung ihrer Berufsausübung dar. Der BGH hat die Untersagung auf § 1 UWG (damalige Fassung) – ein Gesetz – gestützt. Es geht also um eine Regelung der Berufsausübungsfreiheit der B auf Grund eines Gesetzes (Art. 12 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG).

VIII. 3. b) Allgemeine Schranke – Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

aa) Geeignetheit



Hinsichtlich der Prüfung der Geeignetheit kann auf die vom BGH zur Meinungsfreiheit vertretene Argumentation verwiesen werden:

Die Untersagung von Schockwerbung müsste geeignet sein, den Verbraucherschutz zu fördern und einer Verfälschung des Wettbewerbs vorzubeugen. Der BGH bejaht die Geeignetheit, weil er B nicht das Recht zugesteht, unter Appell an die ökologische Empfindsamkeit und den Tierschutz Bekleidung zu verkaufen.

Der BGH-Entscheidung liegt eine Wettbewerbskonzeption zugrunde, die eine möglichst sachliche, produkt- und qualitätsorientierte Marktteilnahme fördern will. Ein möglichst informierter Verbraucher soll kompetent sein, Nachfrageverhalten steuern und so zu optimierenden Allokationsentscheidungen auf einem von Angebot und Nachfrage bestimmten Markt beitragen. Emotionale Schockwerbung birgt die Gefahr einer suboptimalen Beeinflussung des Nachfrageverhaltens.

VIII. 3. b) Allgemeine Schranke – Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

bb) Erforderlichkeit



Entweder wird die Werbung untersagt oder zugelassen. Eine Maßnahme, die einen qualitativ gleichwertigen Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts – Schutz der Verbraucher und Schutz der Mitbewerber vor verfälschtem Wettbewerb – erzielt und weniger das Eingriffsrechtsgut – Berufsausübungsfreiheit – beschränkt, ist nicht ersichtlich.

VIII. 3. b) Allgemeine Schranke – Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne



Im Hinblick auf das Eingriffsrechtsgut Berufsausübungsfreiheit ist vertretbar, dass der Gesetzgeber (bzw. die Rechtsprechung, auf die bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des § 1 UWG a.F. „gute Sitten“ die Rechtsetzungsmacht delegiert wird) Werbung, die das eigene Produkt positiv emotionalisiert, zulässt – und die Einbeziehung von gesellschaftlichen und ökologischen Missständen in die Werbung ablehnt.

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG liegt nicht die Freiheit des Meinens, sondern die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung zugrunde. Dieser wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit können staatliche „Ideale“ wirtschaftlicher Betätigung anders entgegengesetzt werden als einer Meinungsfreiheit, die den Staat wesenskonform zu möglichst weitgehender Abstinenz und im Übrigen zu Neutralität verpflichtet.

Zusammenfassend ist (nach FÖR-Ansicht) festzuhalten: Nur wenn man – anders als das BVerfG und der BGH – Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zugrunde legte, wäre die Begründung einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vertretbar.

IX. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – aktuelle Fragestellungen im UWG

§ 1 UWG, Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor **unlauteren geschäftlichen Handlungen**. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem **unverfälschten Wettbewerb**.

§ 3 Abs. 1 UWG, Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern **spürbar zu beeinträchtigen**.

§ 8 Abs. 1 UWG, Beseitigung und Unterlassung

(1) Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.

IX. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – aktuelle Fragestellungen im UWG

§ 4 UWG, Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen [Stand: 10/2010]

Unlauter im Sinne von § 3 handelt **insbesondere**, wer

1. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, **in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss** zu beeinträchtigen;
2. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit insbesondere von Kindern oder Jugendlichen, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen;
3. den Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen verschleiert;
[...]
11. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

IX. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – aktuelle Fragestellungen im UWG

Für Interessierte - FINT:

Im Oktober 2010 fand eine Benetton-Werbekampagne in der Münchner Fußgängerzone statt, bei der zwei Models (in Anspielung an die Ölkatastrophe vor Mexiko) mit Öl überschüttet wurden, dieser Vorgang gefilmt wurde und auf Bildschirmen – durch Zurückspulen des Films – zu sehen war, wie sich das Öl von den Körpern der Models wieder entfernte.

IX. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – aktuelle Fragestellungen im UWG (Ideen)

„§ 7a UWG Diskriminierende Werbung“*

(1) Eine geschäftliche Handlung, durch die Marktteilnehmende in diskriminierender Weise angesprochen werden, ist unzulässig, wenn nicht verfassungsrechtlich geschützte Interessen ausnahmsweise überwiegen. Die Diskriminierung kann sich aus der Aussage einer Werbung, ihrem Gesamteindruck oder der Gesamtheit der einzelnen Teile einer Werbekampagne ergeben.

(2) Werbung ist geschlechtsdiskriminierend, wenn sie Geschlechtsrollenstereotype in Form von Bildern oder Texten wiedergibt oder sich in sonstiger Weise ein geschlechtsbezogenes Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen den Personen in der Werbung oder im Verhältnis zu den von der Werbung adressierten Personen ergibt. Werbung ist insbesondere geschlechtsdiskriminierend, wenn sie

1. Menschen aufgrund ihres Geschlechts Eigenschaften, Fähigkeiten und soziale Rollen in Familie und Beruf zuordnet oder
2. sexuelle Anziehung als ausschließlichen Wert von Frauen darstellt oder
3. Frauen auf einen Gegenstand zum sexuellen Gebrauch reduziert, insbesondere indem weibliche Körper oder Körperteile ohne Produktbezug als Blickfang eingesetzt werden oder der Eindruck vermittelt wird, die abgebildete Frau sei wie das Produkt käuflich.“

* <https://werbung.pinkstinks.de/die-loesung/> (22.06.2015); B. Völzmann, Geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung (2014).

X. Szenario „Ölverschmierte Ente“ – Abwandlung



Subsumtion:

Zuordnung von Sachverhalt zu § 4 Nr. 1 UWG: Anzeige, die in menschenverachtender Weise wirbt ?

Rechtsfolge: ?????

Quelle:

http://press.benettongroup.com/ben_en/image_gallery/image?t=popup_il&branch_id=1162&image_id=3155
(02.09.2010).

XI. „Revisited“: Schockwerbung durch Rechtsanwalt



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
DARMSTADT

[BVerfG, Urt. v. 05.03.2015, Az. 1 BvR 3362/14](#)

Leading Cases (II)
zum Projekt
„Eine neue Perspektive auf Rechtswissenschaft“
(Sommersemester 2015)

„Schockwerbungsszenario“