

STRUKTUREN DER KOMMUNIKATIONSPOLITIK UND IHRER RECHTLICHEN BEURTEILUNG (DURCH DAS UWG)

I. Struktur der Werbung und des Werberechts

1. *Vielgestaltigkeit der Definitionen und Zusammenhang von Werbung und Verbraucherschutz*

a) *Strategie der Werbung und Werberecht als Werbebeschränkungs- und nur ausnahmsweise als Werbeverbotsrecht*

aa) Struktur der Werbestrategien und -elemente

Als Zwischenergebnis der Suche (2. Kapitel II 1 c cc) nach *einer* Werbungsdefinition bleibt festzustellen: Rechtliche Werbungsdefinitionen können - müssen aber nicht - so vielgestaltig wie die ihnen zugrunde liegenden Gesetzgebungskompetenzen sein. In Ermangelung von Legaldefinitionen ist die Kenntnis was und wie Werbung en detail sein kann¹, also die Struktur von Werbung, wesentlich. Im folgenden wird die Struktur der Werbestrategien und -elemente auch für die Entwicklung einer *Strategie der Auffindung der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen für den einzelnen Werbungssachverhalt verwendet*. Die Entwicklung einer Suchstrategie ist aus mehreren Gründen notwendig.

(1) *Werbestructur als Suchstrategie für das Querschnittsrecht*. „Das Recht der Werbung“ existiert nicht. Das Werberecht ist ein Querschnittsrecht aus öffentlichen (etwa LmBG; HWG; Standesrecht) und privaten Werbebeschränkungen (UWG; Vereinbarungen zwischen berufsständischen Vereinigungen nach § 28 Abs. 2 GWB). Die Bezeichnung „Querschnittsrecht“ bedeutet, daß es kein Werbegesetz gibt, das alle vorstellbaren Werbesachverhalte, die in den teleologischen Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, abschließend regelt. So begründet gerade bei den speziellsten und modernsten Werbegesetzen - wie etwa dem Heilmittel- oder das Säuglingsnahrungswerbegesetz - der Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch nach § 1 UWG (i.V.m. § 13 UWG) die Klage der Mitbewerber und Verbände:

„Für die übrigen Gewerbetreibenden sowie für deren Verbände und Kammern hat dies den unschätzbaren Vorteil, daß sie selbst gegen die Gesetzesverlet-

1 Siehe die Kritik von M.Kleine Cosack, Anwaltszwang zu irreführender Werbung? AnwBl 1992, 98 ff zur Werbungsdefinition des BGH bei dem Tätigkeitshinweis "Strafverteidiger". Siehe auch zu der Aussage, daß dem Rechtsanwalt "werbende Hinweise im geschäftlichen Verkehr nur verwehrt sind, soweit darin eine Werbung um Praxis - entweder in der Form *des unaufgeforderten direkten Herantretens an potentielle Mandanten* oder in der Form eines sensationellen oder reklamehaften Sichherausstellens" vorliegt BGH Urt.v.21.1.1993 BRAK Mitt.1993, 109 "Angabe ausländischer Kooperationspartner auf Briefbögen".

zungen ihrer Konkurrenten einschreiten können und nicht auf die Mithilfe der oft unwilligen oder überforderten, an sich dafür zuständigen Behörden angewiesen sind.“² notwendig und wird vom Gesetzgeber vorausgesetzt.

Diese „Überführung“ nahezu aller „speziellen“ Werberechtsquellen in die Sanktionsmechanismen des UWG³ hat den Vorteil, daß die Kommentarliteratur vor allem zu §§ 1 und 3 UWG den vollständigsten Überblick über Rechtsquellen des Werberechts geben. Aus wettbewerbspolitischer Sicht mag man diese Durchsetzung von Gesetzen kritisieren:

„Man hat hier eine der wichtigsten Ursachen für die allseits beklagte Hypertrophie unseres Wettbewerbsrechts zu suchen. Denn überhaupt erst die Bereitwilligkeit der Gerichte, praktisch jeden noch so geringfügigen Verstoß gegen eine x-beliebige Vorschrift über § 1 UWG zu sanktionieren, hat letztlich zu dem Unwesen der Abmahnvereine geführt, die sich - aus rein kommerziellen Interessen - im Ergebnis wie öffentliche Sittenwächter gebärden. ..so daß wir wohl auf unabsehbare Zeit mit den geschilderten Mißständen leben müssen.“⁴

Eine praxisnahe Strategie stützt sich deshalb auf wettbewerbsrechtliche (Kommentar)-literatur. Der Nachteil von an der Rechtsprechung orientierten Kommentaren wie dem von Baumbach/Hefermehl ist, daß sie das „spezialgesetzliche“ Werberecht nur dann aufnehmen, wenn es vor den Wettbewerbsgerichten Streitgegenstand war. Insoweit bedarf es bei Branchen, in denen nicht oder wenig geklagt wird, ergänzender Suchstrategien.

(2) *Werbe(rechts)struktur als Mittel zur Aufdeckung von Systemgerechtigkeiten und -brüchen.* Die zweite Funktion, die eine Werbestruktur haben kann, ist die Herstellung eines Überblicks und die Aufdeckung rechts- und vielleicht sachgebietsbezogener Unterschiede. Auffällig sind etwa die Diskrepanzen zwischen dem meinungsfreiheitlichen Schutz „frei-„beruflicher und geschäftlicher Werbung (2a) in der Rechtsprechung.

(3) *Defizite der Darstellung einer Werberechtsstruktur aus verfassungsrechtlicher Perspektive .* Diese Arbeit hat eine verfassungsrechtliche Perspektive und kann deshalb nicht die Vollständigkeit der Erfassung des Werberechts oder eine gleichmäßigen Intensität der Darstellung der unterschiedlichen Strukturelemente leisten. Der Schwerpunkt liegt auf dem Bemühen um Vollständigkeit der Struktur - und nicht des Werberechts. Auch die Kommentierung zu den einzelnen Strukturmerkmalen ist deshalb deutlich von den verfassungsrechtlichen Interessen des 7.Kapitels geprägt. Bei im Wettbewerbsrecht ganz eingefahrenen Argumentationsmustern - wie bei der Behandlung der

2 V.Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5.Aufl., 1998, S. 304.

3 Siehe unter V 2.

4 V.Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5.Aufl., 1998, S. 304.

subliminalen Werbung, für deren Unzulässigkeit das Verfassungsrecht sprechen soll - beschränkt sie sich auf Verfassungsskizzen .

Für die Erfassung der Werbung und des Werberechts wird die anliegende Übersicht zugrundegelegt.⁵ Die dort gewählten Untergliederungen zur Person des *Werbenden*, der Art des *Werbeträgers* und des *Werbemittels*, des *Werbeinhalts*, des *Werbeziels* und auch der *Reichweite* von Werbung können als üblich bezeichnet werden⁶. Auf der *werbestrategischen Ebene* überzeugt diese (insoweit nicht abschließende) Übersicht, weil es einen Unterschied macht,

- ob eine Branche vor allem auf *Einzel-* oder auf *Gemeinschaftswerbung* (wie etwa die Erdgaswerbung durch den Bundesverband der deutschen Gas - und Wasserwirtschaft) durch einen Verband („*Werbender*“) setzt,
- ob als Werbeträger vorwiegend Massenmedien oder Sandwichmen⁷ eingesetzt werden,
- ob als *Werbemittel* Briefe oder Telefaxmitteilungen eingesetzt werden
- ob vorrangig für das Unternehmen oder das Produkt geworben wird („*Werbeinhalt*“)
- ob die Werbung für ein neues Produkt mit ausführlicher Schilderung der Vorteile erfolgt (Einführungswerbung) oder nur an ein Produkt mit minimalistischen Angaben erinnert (Erinnerungswerbung) („*Werbeziel*“) wird und
- welche *Reichweite* die Werbung oder der Werbeträger hat.

Auf der *rechtlichen Ebene* kann diese Übersicht nur eine Groborientierung bieten, die auch vor Überschneidungen der einzelnen Untergliederungen nicht gefeit ist. Das Werberecht ist ein Recht der Werbebeschränkungen und insoweit wechselt die Übersicht in einer rechtlichen Perspektive ihren Charakter - aus den Optionen des Werbenden wachsen die Optionen der Beschränkung. Nicht alle - aber viele Gliederungspunkte - haben rechtliche Relevanz. Für das Werbebeschränkungs- und Werbeverbotsrecht ist relevant,

- ob eine „Branche“ sich *verständigt*, Gemeinschaftswerbung zu betreiben („*Werbender*“ §§ 1, 28 GWB⁸),

5 Die Skizze wurde in Anlehnung an F.Mähling, Werbung, Wettbewerb und Verbraucherpolitik, 1983, S. 16,f erstellt.

6 Vgl. statt vieler P. Saladin, Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken; R.Zeller, Die Grenzen der Werbung, 1972; D.Pauger, Verwaltungspolizeiliche und medienrechtliche Regelungen der Werbung, S. 10-157 in: J.Aicher, Das Recht der Werbung, 1984 zum österreichischen Recht; A.Metzger, Recht der Werbegestaltung, 1991; H.Sandmann, Moderne Bankenwerbung, 1985; G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997; A.Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft, 1996.

7 Fußgänger, der Plakate am Körper befestigt hat und so etwa durch Fußgängerzonen schreitet.

8 Allgemein zum Verhältnis von GWB zu berufsständischen Verboten (Th.Roeben, Berufsrechtliche Werbebeschränkungen im Spiegel von Verfassungs-, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 1997, S. 46- 59) bei der Werbung von Heilpraktikern I.Gleißner-Klein, Private Standesregeln im Wettbewerbsrecht, 1990, 162 -186; G.Ring, Wettbewerbsrecht der freien Berufe, 19... bei der Werbung von Apothekern für das Randsortiment W.Leisner, Berufsordnungsrecht und Werbeverbote dargestellt am Beispiel der Werbung für apothekenübliche Erzeugnisse, 1984, S. 23- 46; .

- ob als *Werbeträger* Massenmedien, die den *Pressegesetzen*⁹ oder den *Rundfunkstaatsverträgen* unterliegen, eingesetzt werden;
- ob eine Werbung durch Briefe zulässig, aber durch unangekündigte Telefonanrufe im Privatbereich nach § 1 UWG, § 823 BGB unzulässig ist („*Werbemittel*“),¹⁰
- ob die Werbung als Unternehmens- oder Produktwerbung erfolgt¹¹ („*Werbeinhalt*“), und deshalb im Rahmen von § 1 UWG unterschiedlich beurteilt werden muß;
- ob die Werbung über ein neues Produkt besonderen Informationswert hat (Art. 12 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG)¹² oder als *Erinnerungswerbung* („*Werbeziel*“) erfolgt, das heißt
 „... ausschließlich mit der Bezeichnung eines Arzneimittels oder zusätzlich mit dem Namen, der Firma oder der Marke des pharmazeutischen Unternehmens geworben wird „ (§ 4 Abs. 6 HWG);
- welche *Reichweite* eine Werbung hat und inwieweit deutsches Werbe(kollisions)recht auch auf Sachverhalte mit Auslandsberührung Anwendung findet.¹³

Die *grundsätzliche Verwendbarkeit der Struktur der Strategie der Werbung* für die Struktur des Werberechts ist so belegt. Der 2. Abschnitt wird sich den Detailfragen zuwenden.

bb) Werbebeschränkungen und Werbeverbote

Die in der Übersicht skizzierten, vielen Optionen der Werbung machen auch deutlich, wie schwer es ist, von einem „Werbeverbot“ - und nicht nur einer Werbebeschränkung - zu sprechen. Nur dann, *wenn alle Optionen* dieser Übersicht *verboten sind*, besteht ein „*Werbeverbot*“¹⁴. Ein Werbeverbot *im werbestrategischen Sinne* liegt deswegen weder bei der Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel vor, bei der durch die Beschränkung auf „Fachkreise“ „nur“ die *Reichweite* beschränkt ist (§ 10 Abs. 1 HWG)¹⁵ noch bei den Tabakwerbe“beschränkungen“ der „Tabakwerbeverbotsrichtlinie“, die immer noch die Werbung gegenüber den Wiederverkäufern oder in den Verkaufsräumen („point of purchase“ Werbemittel = „Verkaufsförderung“; vgl. Art. 3 Abs. 5) erlaubt. Die

9 Etwa Art. 9 BerlPresseG zur Trennung von Anzeigen und redaktionellem Teil.

10 7.Kapitel.

11 Siehe den BGH in Fall I ("ölverschmutzte Ente"), der erkennt, daß es sich um Unternehmenswerbung handelt, und deshalb das "Handeln im geschäftlichen Verkehr" (§ 1 UWG) besonders begründet wie auch die direkte Anwendung des "Leistungswettbewerbsarguments" im Gegensatz zur Vorinstanz ablehnt.

12 7.Kapitel

13 Siehe dazu den Exkurs zum internationalen Wettbewerbsrecht 6.Kapitel Abschnitt IV.

14 Siehe auch die Unsicherheit der Literatur, die von "absoluten" Werbeverboten spricht U.Kornblum, Zum Werbeverbot für die rechts- und wirtschaftsberatenden akademischen freien Berufe, BB 1985, 65, 69.

15 "(1)Für verschreibungspflichtige Arzneimittel darf nur bei Ärzten, Zahnärzten, Tierärzten, Apothekern und Personen, die mit diesem Arzneimittel erlaubterweise Handel treiben, geworben werden.

"(2)Für Arzneimittel, die dazu bestimmt sind, beim Menschen die Schlaflosigkeit oder psychische Störungen zu beseitigen oder die Stimmungslage zu beeinflussen, darf außerhalb der Fachkreise nicht geworben werden".

Auffassung vom Ausnahmecharakter der Werbeverbote wird auch durch (Kammer-)Entscheidungen des BVerfG und das BVerwG unterstützt, die zwischen „*werbewirksamen*“ Selbstdarstellungen und „*gezielter Werbung*“ unterscheiden.¹⁶ Die Gerichte vermögen selbst der Qualität des Briefbogens oder der verwendeten Schrift noch eine rechtlich relevante „*werbewirksame Selbstdarstellung*“ zu entnehmen.

Mit dieser Wortwahl sind Argumentationen schwer vereinbar, daß nur die „gezielte Werbung“ um das *einzelne Mandat* dem allgemeinen¹⁷ „*Verbot berufswidriger Werbung*“ unterfalle. Entweder besteht ein Verbot - das die Möglichkeit von Werbung ausschließt - oder es besteht eine *Werbebeschränkung*.

Dieses „Verbot“ berufswidriger Werbung kann nach Meinung der Gerichte soweit gehen, daß Ärzte *außerhalb der Praxisräume, in denen bei den Ärzten mittlerweile auch Informationsmaterial ausgelegt werden kann*, auf das historische Praxisschild (und Telefonverzeichnisse mit identischem Inhalt) verwiesen sind. Das BVerwG behauptet, daß es sich dann um „Ankündigungen mit werbendem Charakter“¹⁸ handele.

Das „Werbeverbot“ in einer werbestrategisch-theoretischen Betrachtung ist in der Praxis nichtexistent und vermag die Probleme nicht anzusprechen. Es bedarf deshalb - und das indiziert auch die Wortwahl der Gerichte - eines anderen Umgangs mit dem Begriff „Werbeverbot“.

In einer *juristischen Betrachtung* qualifizieren der amerikanische Supreme Court und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)¹⁹ Werbebeschränkungen bereits dann als „Werbeverbote“, wenn sie

zutreffende Aussagen über ein Produkt (im Sinne von Waren und Dienstleistungen) oder seinen Anbieter gegenüber dem Publikum (im Sinne von jedermann) vor allem in den Massenmedien verbieten.

Jüngere Beispielfälle waren ein Verbot der Alkoholwerbung mit Preisen (Supreme Court) - deren Zulässigkeit in Deutschland nicht einmal erwähnenswert wäre - und ein Werbeverbot für Rechtsanwälte, das Werbeanzeigen des Rechtsanwalts in der Presse untersagte (EGMR). Die Rechtsfolge, die diese Gerichte an solche - in einer werbestrategischen Betrachtung untechnischen - *Werbeverbote* knüpften, ist *eine Verengung des (weiten) Beurteilungsspielraums des Gesetz-*

16 BVerwG Urt.v.13.11.1997 DÖV 1998, 513 f zur Ärzterwerbung und BVerfG Kammerbeschl.v.24.7.1997 NJW 1997, 2510 zur farblichen Gestaltung eines Notarbriefbogens mit Logo der Sozietät.

17 Diesen Begriff hat die Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer (Beihefter 26/1997 DStR) in § 10 Abs. 1 übernommen: "Steuerberater haben ihren Beruf unter Verzicht auf berufswidrige Werbung auszuüben."

18 BVerwG Urt.v.13.11.1997 DÖV 1998, 513, 514 nennt "Ankündigungen mit werbendem Charakter" wie das Recht der Titelführung, das Praxisschild und zu bestimmten Gelegenheiten das Recht bestimmter (in Größe und Inhalt) Presseanzeigen.

19 Dazu siehe unter 4.Kapitel II 7 c bb) und 5.Kapitel II c dd).

gebers, den er bei Werbebeschränkungen genießt. Diese Untersuchung hat sich dafür entschieden, beide Terminologien zugrundezulegen und in ihrer kategorisierenden Bedeutung gleichzeitig abzulehnen. Es kommt auf den konkreten Einzelfall an, wieviel beschränkt oder verboten wird. Das „*wieviel*“ - die Schwere des Eingriffs - bemißt sich nicht nach dem Verdikt „Werbeverbot“ oder „Werbebeschränkung“, sondern verlangt eine kommunikations- und marketingpolitische *Gesamtbetrachtung.*

Das Gravierende an der hier so abgekürzten „Tabakwerbeverbotsrichtlinie“²⁰ ist nicht „nur“ die „*Beschränkung*“ oder das „*Verbot*“ der Werbung (Art. 3 Abs. 1), sondern vor allem das Verbot der Markenbildung für Tabak- und andere Erzeugnisse (indirekte Werbung Art. 3 Abs. 2) und das Verbot des Sponsoring. So darf in Zukunft eine Tabakmarke nicht mehr diversifizieren und Schuhe („Camel“) oder Reisen („Stuyvesant“) anbieten. Damit wird einer Marke das Recht genommen, sich zu gestalten. Was das Sponsoring betrifft, soll es rechtlich irrelevant sein, ob ein Tabakunternehmen Sport-, Kultur-, Öko- oder Sozialsponsoring betreiben will. Weder ein „Camel-Sponsoring“ für den Urwald in Brasilien noch ein „West-Sponsoring“ für eine Förderung von Autisten²¹ wäre zulässig. Hier wird nicht behauptet, daß die Tabakunternehmen gegenwärtig Öko- oder Sozialsponsoring betreiben - wie allgemein bekannt ist, tun sie das nicht (und fördern die Formel I). Selbst wenn aber ein Unternehmen diese Strategie verfolgen wollte, es wäre in Zukunft verboten. Um also die Schwere der Einschränkung zu bewerten, bedarf es mehr als der Formeln der „Werbebeschränkung“ oder des „Werbeverbots.“

Eine Struktur des Werberechts verlangt aber nicht nur eine Übersicht über die (Beschränkung-)optionen, sondern zunächst auch über die *Gründe, aus denen Werbung beschränkt wird.* Werbebeschränkungen erfolgen zum Schutz von Allgemeinwohlbelangen, zum Schutz der Verbraucher und zum Schutz der Mitbewerber.

b) Werbebeschränkungs- und -verbotsrecht als Verbraucherschutzrecht

Die Werbebeschränkungen und -verbote können nach den unterschiedlichen Interessen der Verbraucher unterteilt werden. Die anliegenden Übersichten zeigen, wie eine solche Strukturierung nach „Integritäts“- „Rezipienten“ und „Äquivalenzinteresse“ erfolgen kann. Die Unterscheidung zwischen „produktbezogenem“ und „modalem“ Verbraucherschutzrecht wird in diesen Übersichten vorausgesetzt.

(1) Produktbezogenes Werbebeschränkungsrecht als Verbraucherschutzrecht.

Ein Grund für die Beschränkung von Werbung ist die Eigenart des Produkts.

20 Im Unterschied zur Tabaketikettierungsrichtlinie.

21 Über die konzertante Aufführung der Texte des Autisten Birger Sellin (Deutschlandfunk, 17.7.1998, 20 Uhr) wurde berichtet und es ist nicht ausgeschlossen, daß ein Tabakunternehmen sich hier hätte profilieren können; siehe zum Kultursponsoring bzw. der Werbung im Theater von West im 3.Kapitel unter 7. Die Tatsache, daß Sozialsponsoring ein Schattendasein führt, soll hier nicht verschwiegen werden. Bei der Beschränkung von Freiheit geht es nicht um die ausgeübte Freiheit sondern um die Freiheit zur Freiheit.

Wegen der Gefährlichkeit des Produkts für die gesundheitliche Integrität der Konsumenten ist etwa die Werbung für Heil- und Genußmittel eingeschränkt.

- (2) **Modales Verbraucherschutzrecht.** Beim hier als „modal“ bezeichneten Verbraucherschutzrecht steht nicht die Gefährlichkeit eines Produkts im Mittelpunkt, sondern die *Art der Kontaktaufnahme zwischen Werbendem und Rezipientem*. So soll etwa bei der Werbung im Schaufenster der Preis angegeben werden (§ 2 Abs. 1 Preisangabenverordnung vgl. Übersicht 6) um die Rezipienten- und Äquivalenzinteressen (Schutz vor übereilten Entscheidungen, wenn die Konsumenten den Preis kennen, bevor sie in den Laden treten) .

Die Übersichten²² verzichten auf Vollständigkeit und belegen trotzdem einige Thesen dieser Arbeit.

- (1) **Inhaltliche Unvollständigkeit der speziellen „Werbegesetze“.**²³ *Werbebeschränkungs“gesetze“ schützen grundsätzlich nicht alle drei Rezipienteninteressen*, sondern konzentrieren sich auf die Wahrung entweder des Integritätsinteresses - etwa bei produktbezogenem Werberecht (HWG; LmBG) - oder des Äquivalenz und/oder Rezipienteninteresses - etwa beim Fernunterrichterschutzgesetz. Eine Regelung von Sponsoring oder Public Relations fehlt im deutschen Werberecht völlig.²⁴ Diese Formen der Absatzförderung stehen deshalb immer unter dem Vorbehalt der Umgehungsratio, nach der zu prüfen ist, ob Sponsoring oder Public Relations die Effektivität der Beschränkung der Werbung (teleologische Auslegung) gefährden (siehe unter III 4; IV 3).

- (2) **Differenzierung zwischen Produktgestaltungs-(Verpackungs)- und Werbeinhaltsregelungen.** Die Unterteilungen sind in der „Legende“ der Übersicht durch Spaltenüberschriften und Pfeile, die jeweils an die Spitze der nächsten Spalte verweisen, erklärt. Die Optionen des Marketing-Mix (Kontrahierungs-, Produkt-, Distributions-, Kommunikationspolitik) sind in den ausgewählten Gesetzen mit unterschiedlicher Regelungsintensität behandelt. Die Perspektive dieser Arbeit setzt den Schwerpunkt auf die Kommunikationspolitik und dabei auf die Werbung. Sie kommt aber nicht umhin, Beschränkungen des „persönlichen Verkaufs“ oder der Verpackungsgestaltung (Schnittstelle von Produkt- und Kommunikationspolitik) mit zu erfassen, weil es sich auch um den Einsatz von Sprache handelt. Die Zuordnung von Werberecht zu diesen

22 Die in den Übersichten erwähnten Verordnungen und Gesetze sind zum großen Teil abgedruckt in Th.Brüner (HRSG.), Verbraucherrecht, Gesetze und Verordnungen, lose Blattsammlung, 11. Ergänzungslieferung, Mai 1996.

23 Etwa beim Tabakwerberecht, daß durch eine Verordnung geprägt wird, handelt es sich nicht um ein "Gesetz" im formellen Sinne (TabKTHmV).

24 Grundsätzlich läßt sich bei produktbezogenem Werberecht eine Abstinenz von Regelungen über "Public Relations" und "Sponsoring" feststellen. Vor allem in den produktbezogenen Werberechten ist das Rezipienteninteresse kaum geschützt.

weiteren Untergliederungen der Kommunikationspolitik ist notwendig, weil bei jeder Regelung, die sich auf *einen Untergliederung* bezieht, überprüft werden muß, ob sie auf eine andere übertragen werden kann. So ist die Differenzierung zwischen *Kennzeichnungspflichten am Gegenstand oder in der Beilage* („*Verpackung*“; „*Beilage*“) und „*Werbeinhaltsregelungen*“ aus einfach- und verfassungsrechtlicher Perspektive von Bedeutung:

So hat das Kammergericht Berlin die Pflichtangabe des Feingoldgehalts einer Uhr in Tausendstel beim *Goldstempel* am Produkt (Gesetz über den Feingoldgehalt der Gold - und Silberware) verlangt, und diese Pflichtangabe aber nicht auf die Werbung (für Golduhren) erstreckt. In der Werbung darf - anders als auf dem Produkt - stattdessen mit „Karat“ geworben werden. Das Gericht argumentierte hier mit der Unvollständigkeit des Werbegesetzes, das die Angabe in Tausendstel verlangte: Weil andere „Kennzeichnungsgesetze“ wie das Textilkennzeichnungsgesetz eigenständige Werbeinhaltsvorschriften enthielten, und das streitgegenständliche Werbegesetz eine solche Werbeinhaltsvorschrift nicht enthielte, deshalb könne in der Werbung eine andere Sprache zulässig sein als auf dem Produkt. Der Rezipient von Werbung sei weniger *schutzbedürftig* als der Verbraucher, der „in Käuferwägungen in unmittelbarer Berührung mit der Ware steht“.²⁵

Die Übersichten teilen die Unvollständigkeit des Werberechts in einem Punkt: die Verpackungsvorschriften, die dem Schutz des Äquivalenzinteresses dienen, sind nicht *erfaßt*. Das Etikettierungs- und Verpackungsrecht ist so vielgestaltig und speziell, daß die Aufnahme in diese Übersichtsstruktur die Darstellung unmöglich macht.

Die Differenzierung zwischen *Kennzeichnungspflichten am Gegenstand oder in der Beilage* („*Verpackung*“; „*Beilage*“) und „*Werbeinhaltsregelungen*“ kann auch aus verfassungsrechtlicher Sicht von Bedeutung sein (siehe 7. Kapitel), weil die damit verbundenen Wirkungs- und Kostenfaktoren zu einer unterschiedlicher Eingriffsschwere in das kommerzielle Selbstdarstellungsrecht führen können. So ist Werbung, die bestimmte Eigen- oder Fremangaben enthalten muß, inhaltlich zum Teil fremddeterminiert und in der Verfolgung ihrer Wirkungsstrategie nicht mehr frei. Die Werbung auf der Verpackung richtet sich an einen Verbraucher, der schon in der Nähe der Kaufentscheidung ist. Die Werbung dient aber dazu, Rezipienten in diese Nähe überhaupt zu locken. Sie hat also strategisch eine vorgelagerte Funktion zur „Werbung am Produkt“. Zudem muß der Werbende für die Verbreitung des Kommunikationsinhalts etwa in den Medien bezahlen und so fremdbestimmte Werbezusätze selbst bezahlen und so gegebenenfalls die Quantität seiner Werbepresenz einschränken. Diese Kritik wurde für das Erfordernis des

25 KG, Urt.v.9.10.1992, GewArch 1993, 168,f "Feingold".

Hinweises „Zu Risiken und...“ (§ 4 Abs.5 S.1 HWG) bei der Rundfunk-Heilmittelwerbung erhoben.²⁶

(3) *Sanktionsrechtliche Unvollständigkeit der speziellen „Werbegesetze.“* Auch *der Sanktionsmechanismus*, den der Gesetzgeber wählt, wird deutlich. Der einzelne Verbraucher kann sich nie gegen die Werbung selbst und unmittelbar wehren, sondern ist auf Widerrufs-, Wandlungs-, Schadensersatz- und Minderungsrechte des - infolge der Werbung - geschlossenen Vertrages und auf die Information von Behörden bei Ordnungswidrigkeitenverfahren oder etwa von Mitbewerbern und Verbraucherschutzverbänden beschränkt, die nach dem UWG prozeßführungsbefugt sind (siehe unter V 2).

c) *Werbebeschränkungs- und verbotsrecht zum Schutz des Allgemeinwohls*

Der Schutz der Verbraucher dient selbstverständlich auch dem „Allgemeinwohl²⁷“. Je weiter also der Schutz der Verbraucher erstreckt wird, desto enger ist *der* Bereich der exklusiv dem Schutz von Interessen der Allgemeinheit vorbehalten bleibt. Beim Schutz der *Rezipientensphäre* drohen die Grenzen zwischen Allgemeinwohl und Verbraucherschutz zu verschwimmen. Eindeutig ist die Abgrenzung von negativem Rezipienteninteresse zum Allgemeinwohl, wenn der „*potentielle Konsument*“ beworben wird.

Das ist der Fall, wenn etwa § 17 Fernunterrichtsschutzgesetz bestimmt, daß Vertreterbesuche nur *nach* der Anforderung von Informationsmaterial erfolgen dürfen. Hier ist zu unterstellen, daß derjenige, der Informationsmaterial anfordert, auch potentieller Konsument ist.

Anders ist die Abgrenzung von Allgemeinwohl und Rezipienteninteresse bei Werbeträgern mit sehr unspezifischer Reichweite zu beurteilen - wie etwa Plakatwänden. Von den auf diesen Werbeträgern aufgebrachten Werbemitteln, den Plakaten, wird jeder Rezipient betroffen - und eben nicht nur der Rezipient, der vorher durch den Kauf eines medialen Werbeträgers (etwa einer Zeitung, „*medialinteressierter Rezipient*“) oder durch die Anforderung von Informationsmaterial („*konsuminteressierter Rezipient*“) am Entstehen der „Konfrontationslage“²⁸ mitgewirkt hat.

Es ist deshalb gerechtfertigt, in einer *rechtstatsächlichen* Betrachtung bei Werbe“verboten“ für Plakatwände im Innenstadtbereich aufgrund einer bauord-

26 H.H.Schmidt-Felzmann, Die Pflichtangaben in der Arzneimittelwerbung, PharmaR 1987, 198, 202.

27 Die Terminologie ist nicht eindeutig. Das Wettbewerbsrecht verwendet die Termini "Allgemeinwohl" und Interessen der Allgemeinheit (grundsätzlich kritisierend V.Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 14); das öffentliche Recht verwendet in der Sache synonym den Begriff der "öffentlichen Interessen"; dazu "Öffentliches Interesse" als juristisches Problem, 1970, S. 162 ff zur Bedeutung der Benennung des öffentlichen Interesses in Generalklauseln zur Erhaltung der Flexibilität des Rechts; und W.Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 169 ff.

28 Die Akzeptanz von Werbung scheint länderabhängig zu sein.

nungsrechtlichen Verunstaltungssatzung zunächst²⁹ zunächst vom Schutz des Allgemeinwohls auszugehen. Es ist dann eine Frage der Dogmatik, inwieweit der Schutz der Rezipienteninteressen im Rahmen des Allgemeinwohls zu einer Rezipientenfreiheit als subjektiv-öffentlichem Recht³⁰ ausgebaut wird.

Ein weiteres Beispiel für den Schutz der Allgemeinwohlinteressen ist der Schutz des „Leistungswettbewerbs“ durch die Rechtsprechung zu § 1 UWG. In den Fällen IV und V mag es durchaus Konkurrenten geben, die auch mit Sozial- und Ökosponsoring werben wollen, so daß der „Schutz der Mitbewerber“ keine Rechtfertigung für die Untersagung bietet. Auch der Schutz der Konsumenten bietet keine Rechtfertigung, weil zunächst das angebotene Produkt durch das Öko- und Sozialsponsoring weder teurer noch schlechter als vorher wird. Die allgemeine und abstrakte Befürchtung, die Vermehrung von Werbeoptionen um solche Zugabenmodelle würde zu höheren Preisen für die Produkte führen, erfolgt zum Schutz von Allgemeinwohlbelangen, die hier durch ein ökonomisches Ideal, den „leistungsgerechten Wettbewerb“, gerechtfertigt werden.³¹

d) *Werbebeschränkungs- und verbotsrecht zum Schutz der Mitbewerber*

Im Zentrum dieser Untersuchung steht die zutreffende Sprache; deshalb ist der Schutz vor irreführender Werbung (§ 3 UWG), die neben dem Rezipienten vor allem den Mitbewerber schädigt, von untergeordneter Bedeutung. Der Hauptanwendungsfall einer Werbebeschränkung, die zum Schutz der Mitbewerber erfolgt, ist das früher durch die Rechtsprechung zu § 1 UWG errichtete Verbot der vergleichenden Werbung.³²

Der Mitbewerber sollte davor geschützt werden, daß ein anderer Mitbewerber seine Produkte kritisierte, die eigenen hervorhob und sich so zum „Richter“ in eigener (und fremder) Sache machte. Mit der Umsetzung der Richtlinie zur vergleichenden Werbung durch den BGH³³ ist dieses grundsätzliche Verbot aufgehoben.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht gibt es keinen Schutz des Mitbewerbers *vor der Werbung* eines anderen Mitbewerbers. Das Verfassungsrecht schützt in Art. 12 Abs. 1 GG nur die Teilnahme am Markt, grundsätzlich aber nicht *vor* dem Markt, sofern dort mit zutreffender Sprache geworben wird.³⁴ Der Schutz von Mitbewerbern ist grundsätzlich auch kein berücksichtigungsfähiger „Allgemeinwohlbelang

29 Zum verfassungsrechtlichen Schutz des negativen Rezipienteninteresses siehe 7.Kapitel.

30 7.Kapitel.

31 Genauso ist vorstellbar, daß andere Unternehmen bewußt auf diese Werbung verzichten, und den Preiswettbewerb suchen.

32 4 h cc).

33 BGH Urt.v. 5.2.1998 Az. I ZR 211/95 "Testpreis-Angebot".

34 So auch BGH Urt.v.21.4.1998 NJW 1998, 2141 ff zu einem vorbeugenden Unterlassungsanspruch bei einer kritischen Berichterstattung über gewerbliche Leistungen unter Verletzung eines Hausverbots.

im Sinne von Art. 12 GG“, der eine Einschränkung der Werbemöglichkeiten rechtfertigt.³⁵

In den folgenden Abschnitten soll eine Struktur des Werberechts anhand der Anknüpfungspunkte der Übersicht entwickelt werden. Ein Ziel dieser Struktur ist es, den Überblick über den Umfang und die Quellen des in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Werberechts zu erleichtern und Suchstrategien zu fördern. Auf eine Vollständigkeit der Darstellung wird nicht nur aus Platzgründen verzichtet. Soweit einzelne Rechtsgebiete im Text oder den Übersichten hervorgehoben werden, sollen sie strukturelle Probleme oder Trends verdeutlichen oder die Notwendigkeit einer weiteren Differenzierung belegen. Die strukturelle Grundlage ist zudem notwendig, um die Auswirkungen eines meinungs- gegenüber einem betätigungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung besser abschätzen zu können.

2. *Anknüpfungspunkt: Person des Werbenden*

Hier geht es um die Relevanz des „Wer“ für die rechtliche Beurteilung von Werbung. Drei Aspekte sind charakteristisch, nämlich

- der Schutz vor personalen Werbebeschränkungen durch Art. 12 GG und nicht durch Art. 5 GG;
- die Abhängigkeit der rechtlichen Beurteilung von der Anzahl der Werbenden und
- die Unterschiede in der rechtlichen Bewertung von Eigen- und Fremdwerbung.

a) *Werberecht der „freien Berufe“ (nach der Rechtsprechung) durch Art. 12 GG geschützt*

Die Person des Werbenden ist *ein* Anknüpfungspunkt für die Beschränkung von Werbung. Typische Beispielfälle sind die „freien Berufe“³⁶, also etwa Ärzte (vgl. Fall VI), Apotheker und Rechtsanwälte. Diese personalen Werbebeschränkungen sind nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH immer noch durch eine dogmatische Wasserscheide von anderen Werbebeschränkungen getrennt. So hat der BGH, der in Fall I und II a („Ölverschmutzte Ente“ und „HIV-Positiv“) Wirtschaftswerbung dem Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG unterstellt, auch in jüngeren Entscheidungen die Werbebeschränkungen „freier Berufe“ „*nur*“ an Art. 12 GG gemessen.³⁷ Der BGH stimmt darin mit der Rechtsprechung des BVerwG³⁸ und

35 Verneinend BVerfG Beschl.v.22.5.1996 NJW 1996, 3067, 3070 "Apothekenwerbung" "Konkurrenzschutz und Schutz vor Umsatzverlagerungen sind im vorliegenden Zusammenhang keine legitimen Zwecke die Einschränkungen in die Berufsausübung rechtfertigen können. Der eigentliche Zweck der Werbung liegt darin, Kunden zu Lasten der Konkurrenz zu gewinnen. Wenn nach den Berufsordnungen Werbung zulässig ist, kann erfolgreiche Werbung nicht unkollegial sein". Zustimmend G.Ring, Berufsbild und Werbemöglichkeiten der Apotheker nach der zweiten Apothekenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1997, 768 770.

36 J.Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, 511 berichtet, daß durchgängig bei der Entwicklung freier Berufe die erste Maßnahme die Einschränkung der als anrücklich eingeschätzten Werbung ist.

37 BGH Beschl.v. 24.6.1996 NJW 1996, 2733 f, der zur Briefbogengestaltung von (Anwalts)-Notaren (bei "Nurnotaren" ist die Zugehörigkeit zu den freien Berufen strittig) Stellung nimmt, geht wie selbstverständlich davon aus, daß Werbebeschränkungen nur an Art. 12

des BVerfG überein; das BVerfG hat in seiner jüngeren Entscheidung zum Werberecht der Apotheker nur auf Art. 12 GG abgestellt:

„Staatliche Maßnahmen, die geschäftliche oder berufliche Werbung beschränken, sind Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung“.³⁹

Zunächst ist damit klar, daß die kommerzielle Werbung (auch) durch Art. 12 GG geschützt ist, und nicht, wie es der BGH teilweise inzwischen tut, **nur** nach Art. 5 Abs. 1 S.1 1.Alt. GG zu beurteilen ist. Das Begründungsdefizit der BGH-Rechtsprechung wird so offengelegt. Worin besteht **der** Unterschied zwischen (frei-)beruflicher und geschäftlicher (siehe das obige BVerfG-Zitat, das so die gewerbliche Werbung bezeichnet) Werbung, der es rechtfertigt, berufliche Werbung nach Art. 12 GG und geschäftliche Werbung nach Art. 5 GG (wie in den Fällen I und II a) zu schützen? Soweit man auf die Freiheit des Kommunikators wie das Informationsinteresse der Rezipienten abstellt, läßt sich hier kein tragfähiger Differenzierungsgrund finden.

Zu der BVerfG-Entscheidung ist allerdings anzumerken, **daß eine Prüfung anhand von Art. 5 GG nicht ergebnisrelevant gewesen wäre.**⁴⁰ In der Apothekenentscheidung führte bereits die Prüfung anhand von Art. 12 GG zur Verfassungswidrigkeit der Werbebeschränkung. Die BVerfG-Entscheidung gewinnt an Bedeutung, wenn man Literaturmeinungen einbezieht, die schon lange auch bei den freien Berufen eine Berücksichtigung der Meinungsfreiheit fordern.⁴¹ Die Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG lassen sich so interpretieren, daß Art. 12 GG eine ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage für die Beurteilung dieser Werbung ist. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich um die bessere Prüfungsgrundlage, weil sie den Einfluß eines bestimmten Berufsbildes

GG zu messen sind. So auch - allerdings unter Aufhebung der Entscheidung des BGH - BVerfG Kammerbeschl. v.24.7.1997 NJW 1997, 2510.

38 BVerwG Urt.v.13.11.1997 DÖV 1998, 513 ff. So auch BVerwGE 89, 30, 38 "Apothekenwerbung", die Art. 5 GG zwar anspricht, aber bei der Werbung ein Zurücktreten von Art. 5 GG gegenüber Art. 12 GG annimmt.

39 BVerfG Beschl.v.22.5.1996 NJW 1996, 3067 "Apothekenwerbung" und BVerfG Kammerbeschl. v. 20.8.1996 NJW 1996, 3070 f. Kritisch schon W.Hummel, Die rechtliche Sonderstellung der freien Berufe im Vergleich zum Gewerbe, 1979, 135- 145 zu der damals strittigen Frage, inwieweit Freiberufler in § 823 Abs. 1 BGB durch das Recht auf eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschützt sind.

40 Das war auch der Fall bei einem ärztlichen Werbeverbot, wo das BVerfG Beschl.v. 11.2.1992 NJW 1992, 2341, 2343 neben Art. 12 GG noch Art. 5 GG geprüft hat.

41 So R.Kraßer, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung standes- und wettbewerbsrechtlicher Schranken der Werbung für Sanatorien, GRUR 1980, 191 f; in einem Gutachten für die Vermessungsingenieure H.Sodan, Freier Beruf und Berufsfreiheit, 1988, S. 70 ff. Die Forderung nach Zulassung der sachlichen Werbung der Ärzte stützt M.Schmidt, Standesrecht und Standesmoral, 1993, 145 f auch auf Art. 5 GG. Anders noch H.D.Jarass, Die freien Berufe zwischen Standesrecht und Kommunikationsfreiheit, NJW 1982, 1833 f, der den Schwerpunkt bei der Werbung noch bei Art. 12 GG erblickt und eher bei der Kritik an Standesgenossen auf Art. 5 GG rekurriert und U.Kornblum, Zum Werbeverbot für die rechts- und wirtschaftsberatenden akademischen freien Berufe, BB 1985, 65, 69, der, wie durch das BVerfG erfolgt, eine Liberalisierung des Werberechts durch Art. 12 GG fordert.

auf die Werbung in systematischen Zusammenhang erfassen und systemgerecht lösen kann. Gerade die Berücksichtigung des Informationsinteresses der Rezipienten kann berufsspezifisch erfolgen und zu unterschiedlichen Wertungen etwa bei Rechtsanwälten und Ärzten führen. In der Prüfungsstruktur des Art. 12 GG wird dieses Informationsinteresse zu einem Allgemeinwohlbelang, der mit anderen Allgemeinwohlbelangen, wie der Wahrung eines Berufsbilds, konkordiert werden muß, um in einer Gesamtabwägung die Einschränkung der Berufsausübung zu rechtfertigen.

b) Anzahl der Werbenden

Hier kann zwischen der Einzelwerbung und der Gemeinschaftswerbung, die für mehrere Werbende erfolgt, unterschieden werden.

aa) Einzelwerbung

Ein Beispiel für die Anknüpfung an die Person des Werbenden ist das Ärzterwerberecht, das Werbung gegenüber dem Publikum außerhalb der Praxis weitgehend verbietet:

„Der Arzt darf für seine berufliche Tätigkeit oder die berufliche Tätigkeit anderer Ärzte nicht werben. Sachliche Informationen sind in Form, Inhalt und Umfang gemäß ...zulässig“⁴². Hier wird auf eine Bestimmung verwiesen, die die Auslegung von Informationsmaterial in den Praxisräumen gestattet.

Die Anschreiben des Arztes in Fall VI sind deshalb sowohl mit den Hinweisen auf die Qualifikation des Arztes als auch hinsichtlich des Angebots spezieller Behandlungsmethoden unzulässig, weil dem Arzt Werbung per se nicht gestattet ist.

Es handelt sich dabei nicht um eine produktspezifische, sondern um eine „personale“ Werbebeschränkung. Sie knüpft nicht an die Soll-Beschaffenheit des Angebots der ärztlichen Dienstleistung an, sondern an die Person des Werbenden und Anbieters. Im Bereich der „freien Berufe“ gibt es - sicher auch unter Eindruck der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des EGMR⁴³ - die Tendenz der Auflockerung der Werbebeschränkungen, um eine **wahre, sachliche und informative**⁴⁴ Selbstdarstellung der Berufsangehörigen zu ermöglichen. Die Rechtsanwälte, Steuerberater und eingeschränkt⁴⁵ die Wirtschaftsprüfer sind hier mit der Zulassung „sachlicher Werbung“⁴⁶ am fortschrittlichsten, während die Ärzte - mit Aus-

42 § 27 der (Muster)-Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997, NJW 1997, 3076, die von den Ärztekammern noch verabschiedet werden muß, beschränkt die "Werbung" auf sachliche Informationen an Kollegen und auf die Auslegung von sachlichen Informationen medizinischen Inhalts in den Praxisräumen (Kapitel DI Nr. 5, NJW 1997, 3076, 3080). Allgemein K.Schulte, Das standesrechtliche Werbeverbot für Ärzte, 1992.

43 Dazu siehe im 5.Kapitel

44 Zu den Begriffen siehe unter 4 c) d).

45 Dort ist der Einsatz medialer Werbeträger beschränkt (§ 34 Abs. 2 der Berufsordnung).

46 § 43 b BRAO (Schönfelder Nr. 98): Werbung ist dem Rechtsanwalt nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in **Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf Er-**

nahme der Möglichkeit der Auslegung von Werbematerial in den Praxisräumen - konservativ bleiben und sich nach außen hin auf die kommunikative Funktion des Praxisschildes und der Aufnahme der Praxis mit bestimmten Angaben über die Spezialisierung des Arztes wie auch seine Praxiseinrichtung⁴⁷ in die Telefonverzeichnisse beschränken. Das Ärzterwerberecht bleibt so neben dem Notar-„werbe“recht, das ebenfalls ein grundsätzliches Werbe-„verbot“ enthält (§ 2 Abs.3 BNotO), die Ausnahme. **Einheitlich gilt auch für die liberaleren Werbe-rechte, daß eine gezielte Werbung um einzelne Aufträge nicht erfolgen darf.**⁴⁸

Selbst wenn also dem Arzt in Fall VI „sachliche Werbung“ gestattet wäre, würde die Wahl des Werbemittels, das Anschreiben, sämtlichen freiberuflichen Werbe-rechten widersprechen.

Ob die Entwicklung des Werberechts der freien Berufe hier endet, ist fraglich. Vorstellbar ist eine vergleichbare Entwicklung wie in Vereinigten Staaten, die sich letztendlich nur noch darauf beschränken, besonders rezipientenunfreundliche Werbung zu unterbinden, wie etwa die berühmte Jagd auf Mandanten durch Verfolgung der Krankenwagen („ambulance chasing“)⁴⁹ oder die gezielten Anschreiben an Unfallopfer oder ihre Angehörigen innerhalb von 30 Tagen nach dem schädigenden Ereignis.

In der Retrospektive ist bei der Entwicklung des Rechtsanwaltswerberechts ein Muster festzustellen, das dieses unfreie Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) zu einem zunehmend befreiten Teilnehmer am Informationsprozeß macht:

Der Angehörige der „freien Berufe“⁵⁰ unterlag traditionell einem Werbeverbot, das sich jetzt zu einer Werbeinhaltsbeschränkung abmildert. Zuerst gibt es nur die Mundpropaganda⁵¹, dann darf auf dem Praxisschild geworben werden, dann ist

teilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist. Inhaltlich vergleichbar auch § 7 der Berufsordnung für Patentanwälte (Mitteilungen der deutschen Patentanwälte, 1997, 243)

Differenziert §§ 33 - 36 Satzung über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers v. 11.6.1996 WPK-Mitt. 1996, 180 ff insbesondere

§ 33 Grenzen der sachlichen Information über das Dienstleistungsangebot

(1) Werbung ist nur zulässig, soweit sie über die berufliche Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers unterrichtet. Dabei dürfen nur solche Dienstleistungen genannt werden, die der Wirtschaftsprüfer bereit und in der Lage ist, unter Beachtung der dafür geltenden Berufspflichten zu erbringen. Nicht zulässig ist die Werbung, mit der ausschließlich der Name des Wirtschaftsprüfers bekanntgemacht wird oder verbreitet wird.....

§ 34 Kriterien der reklamehaften Werbung:

(1) Eine Unterrichtung über die berufliche Tätigkeit ist auch dann in Form und Inhalt nicht sachlich, wenn sie reklamehaft ist.

(2) Werbung ist reklamehaft, wenn sie sich der Methoden der gewerblichen Wirtschaft bedient. Die gilt insbesondere für die Verwendung von in der gewerblichen Wirtschaft üblichen Werbeträgern....

47 Information über einen Herzkatheter - Meßplatz BVerwG Urt.v.13.11.1997 DÖV 1998, 513.

48 § 43 a BRAO; § 35 Berufsordnung für Wirtschaftberater; ...Steuerberater

49 4.Kapitel

50 Zum Begriff der freien Berufe vgl. J. Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, 86, ff der die Herkunft von den operae liberales, also den Arbeiten, die von Freien übernommen wurden, herleitet.

51 St. A.Köhler, Das Werbeverbot für Rechtsanwälte und Steuerberater, Eine kritische Analyse aus betriebswirtschaftlicher Sicht, S. 74 ff.

die Werbung in den Massenmedien, speziell der Presse, zu bestimmten festgelegten Anlässen⁵² mit Anzeigen in bestimmter Größe zulässig, dann wird die Angabe von Tätigkeitsschwerpunkten und Spezialisierungen ermöglicht, dann wird die Auslegung von Informationsmaterial in den Praxen zulässig und letztendlich - so jedenfalls der Stand bei den Anwälten - darf in jedem Medium sachlich unterrichtet werden.

Die *Ärzte* sind jetzt bei der Zulässigkeit der Auslegung von Informationsmaterial angelangt und wenn nähere Erkenntnisse über den Inhalt dieser Informationen durch die Berufs- und Wettbewerbsgerichte vorliegen, ist vorhersehbar, daß die Zulassung sachlicher Informationen de lege ferenda auch in Massenmedien erfolgen wird.⁵³

Die Nachteile und Herausforderungen dieser in werbestrategischer Sicht begrüßenswerten Befreiung der „unfreien Berufe“ sind aber nicht unerheblich. Mit der Beschränkung auf „sachliche Unterrichtung“ (§ 43 b BRAO) haben die Berufsrechte aus mehreren Gründen einen in der (Rechts-)Realität schwierigen Kompromiß gewählt.

- (1) **Schwierige Differenzierung von sachlicher und unsachlicher Sprache.** Die Unterscheidung von sachlicher und unsachlicher Sprache verlangt differenzierte Kriterien, die unter ...näher untersucht werden sollen.
- (2) **Notwendigkeit emotionaler und unsachlicher Werbung für die Stimulieren der Rezipienten.** Die kommunikationstheoretische Realität unterscheidet sich von der rechtlichen, wenn suggestive Elemente notwendig wären, um in einer Informationsgesellschaft den Rezipienten zu interessieren.⁵⁴
- (3) **Fehlende Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit.** Die Zulassung „sachlicher Werbung“ führt gegenwärtig zu einer zunehmenden Befassung des BVerfG und des BGH⁵⁵ mit der Werbung der freien Berufe. Es geht vorgeblich um verfassungsrelevante Fragen, nämlich ob
 - ein Anwalt seine über die Rechtslage aufklärenden Rundfunk(werbe)spots mit Musik untermalen darf⁵⁶;
 - ein Apotheker Sponsoring für einen Fahrradverein betreiben darf,⁵⁷
 - ein Zahnarzt sein Praxisgebäude in einer Zeitungsanzeige mitabbilden darf.⁵⁸

Das Problem, vor das diese Entscheidungen ein *Verfassungsgericht* stellen, ist deutlich. Der Verfassung selbst sind keine evidenten Kriterien darüber zu entnehmen, ob es sich um „sachliche“⁵⁹, nicht „reklamehafte“ oder „berufswidrige“ Werbung handelt - und nur in wenigen Fällen lassen sich der Verfassung zwin-

52 OLG Karlsruhe Urt.v.12.6.1991 WRP 1991, 816 "Anwaltswerbung in Zeitungsinseraten".

53 Siehe dazu auch EGMR zu einem britischen Werbeverbot für Ärzte.

54 Dazu siehe unter 4c bb).

55 BGH Beschl.v. 26.5.1997 GRUR 1997, 765, 767 "Kombinationsanzeige" zur (unzulässigen) Anzeige eines Rechtsanwalts, der neben dem "Fachanwalt für Steuerrecht" den unzulässigen Hinweis enthält: "Rechtliche und steuerliche Beratung im Verbund. Zum Beispiel: Erbrechtliche und erbschaftssteuerrechtliche Beratung in einer Hand".

56 FAZ v. 1.7.1998, S. 18; dort teilt die Richterin am BVerfG Jaeger die Anhängigkeit des Verfahrens mit.

57 BVerfG Urt. v. 22.5.1996 NJW 1996, 3067 f.

58 Bisher OVG Rheinland-Pfalz Urt.v.25.6.1997 DÖV 1998, 38 f ablehnend.

59 Siehe früher zur "berufswidrigen" Werbung BVerfG DÖV 1998, 513 ff.

gende Maßstäbe darüber entnehmen, *welche* Werbung in verfassungskonformer Auslegung als „(un-)sachlich“ qualifiziert werden *muß*. Die Konsequenz ist derzeit ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit. Sie könnte für eine Übergangszeit hingenommen werden, wenn ein überzeugendes Ende der Konkretisierungsbemühungen in Sicht wäre. Das kann nach hier vertretener Ansicht nicht erwartet werden, weil die inhaltliche Verpflichtung von Werbung zur „Sachlichkeit“ - nicht zur Substantiierung, die von der Werbung eine bestimmte (Mindest-)Quantität und Qualität von Angaben verlangt - ein Widerspruch in sich ist.⁶⁰

Wie weit sich die Praxis von der Steuerungskraft des Rechts bereits entfernt hat, zeigt das Ringen um die Gestaltung „sachlicher“ Presseanzeigen von Anwälten. In Ermangelung spezifischer Regelungen in den Berufsordnungen wird diskutiert, ob die Anzeigen im Kontext von gewerblichen Anzeigen erfolgen dürfen und ob sie (dann) graufarben unterlegt und mit einer Paragraphenstilisierung versehen, erscheinen dürfen.⁶¹ Allein das Beispiel verdeutlicht die Schwierigkeit einer detaillierten Regelung.

Hinzu kommt die kompetenziell bedingte Unübersichtlichkeit des Werberechts der einzelnen freien Berufe und der freien Berufe insgesamt. Die Übersichtlichkeit innerhalb eines Berufstandes wird durch Bundeskompetenzen, wie bei den Rechtsanwälten, die über eine Bundesrechtsanwaltsordnung und eine bundesrechtliche Satzungscompetenz verfügen⁶², erleichtert; erschwert wird die Übersichtlichkeit bei den Ärzten, die eine bundesrechtliche Musterberufsordnung haben, und bei denen es grundsätzlich in jedem Bundesland eine Kammer gibt, die die Werbung in ihrem Bezirk regelt⁶³ und auch eine entsprechende Spruchpraxis der Ehrengerichtbarkeit kennt. Der Übersichtlichkeit eines standesübergreifenden Werberechts der „freien Berufe“ steht zudem der Umbruch und Wandel, den auch das BVerfG⁶⁴ konstatiert, entgegen. Die (einzelnen) Berufskammern der verschiedenen Berufe befinden sich auf unterschiedlichen Entwicklungsebenen. Diese Zersplitterung, die das Recht der unterschiedlichen freien Berufe⁶⁵ aus strukturel-

60 Dazu siehe unter 4 c bb).

61 F.R.Remmert, Anwaltliche Werbung durch Zeitungsanzeigen, NJW 1997, 2785 f m.w.N.

62 § 191 a i.V.m. § 59 b Abs. 2 Nr. 3 BRAO sind Grundlage der Berufsordnung für Rechtsanwälte v. 29.11.1996 NJW Beilage zu Heft 19/1997.

63 Allgemein BVerfGE 33, 125-130 "Facharzt" und zur Satzungscompetenz der Berufsverbände für Regelungen der Berufsausübung (S. 160 f); siehe auch G.Ring, Berufsbild und Werbemöglichkeiten der Apotheker nach der zweiten Apothekenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1997, 768 f; H.J.Papier/H.Petz, Rechtliche Grenzen des ärztlichen Werbeverbots, NJW 1994, 1553.

64 BVerfG Kammerbeschl.v.24.7.1997 NJW 1997, 2510 f "Anwaltsnotar" unter Hinweis auf BVerfGE 94, 372, 398 "Apotheker": Was insoweit als üblich, angemessen oder als übertrieben bewertet wird, unterliegt zeitbedingten Veränderungen.

65 Wobei es diesen unterschiedlichen Werberechten auch nicht erspart bleibt, soweit die Kooperation mit anderen Berufsgruppen zulässig ist (etwa Anwalt und Anwaltsnotar oder Steuerberater und Wirtschaftsprüfer) über das dann einschlägige Werberecht der Sozietät oder Kooperationsform zu entscheiden. Für die Ärzte ist das strikte Werbeverbot jedenfalls in der Musterberufsordnung auch auf die Beschäftigung in Sanatorien erstreckt worden (§ 27 Abs. 2 S. 2 MBO).

len und konzeptionellen Gründen in Kauf nimmt, mag ein Grund dafür sein, daß die Gerichte bei der Werbung der freien Berufe den Schritt zu Art. 5 Abs. 1 GG bisher entweder nicht gewagt haben oder es sich nur um eine ergänzende, nicht ergebnisrelevante Prüfung handelte.⁶⁶ Im Angesicht von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG läßt es sich schwer rechtfertigen, daß einzelnen „Ständen“ der freien Berufe alle Werbeträger und Werbemittel⁶⁷ zur Verfügung stehen, um ihre Angebote in den Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung einzubringen, während andere Berufe Abstinenz über müssen.

Eine „Meinung“, die zudem darum ringen muß, ob sie mit farblichen Untergrund und mit §§-Zeichen geschmückt, weiterverbreitet werden darf, kann man zudem nur als „kastriert“ bezeichnen.⁶⁸ Das, was individuelles „*Mein-en*“ ausmacht, nämlich auch die Gestaltung des „Werbemittels“, wird durch den Zwang zur Sachlichkeit ersetzt. Wenn man diese freiberuflichen Werbungen als „Meinungen“ qualifizieren will, dann muß man sich jedenfalls de lege lata im klaren darüber sein, daß das andere Meinungen als die bisher geschützten sind.⁶⁹

Deutlich wird auch, daß ein Klima des Risikos herrscht - die unbestimmten Rechtsbegriffe der „sachlichen“, „nicht reklamehaften“ oder „berufswidrigen“ Werbung machen es den Standesangehörigen schwer, mit einiger Wahrscheinlichkeit vorherzusehen, wie weit die Optionen der Selbstdarstellung reichen. Mit dieser skizzierten Problemen der personalen Einzelwerbung wird auch deutlich, daß die Praxis nach Alternativen sucht.

bb) Gemeinschaftswerbung

Gemeinschaftswerbung ist die *Werbung mehrerer Werbetreibender*. Die Zulässigkeit von Gemeinschaftswerbung steht im Wettbewerbs- und im Standesrecht unter *der Kritik der „Umgehung“*⁷⁰ (siehe unter 2b bb) der Beschränkungen für die Einzelwerbung. Die Gemeinschaftswerbung stellt grundsätzlich immer die Frage nach der Lücke im Recht der Einzelwerbung.

- (1) Standes- und wettbewerbsrechtliche Behandlung der ärztlichen Gemeinschaftswerbung. § 27 Abs. 2 der Musterberufsordnung untersagt unzulässige Gemeinschaftswerbung:

„Der Arzt darf eine ihm verbotene Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. Dies gilt auch für die anpreisende Herausstellung von Ärzten in Ankündigungen von *Sanatorien, Kliniken, Institutionen oder anderen Unternehmen*.“

66 BVerfG Beschl.v. 11.2.1992 NJW 1992, 2341, 2343.

67 Siehe zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Fernsehwerbung für Rechtsanwälte W.Scheuerl, Werbung der Rechtsanwälte, NJW 1997, 3219 f, soweit eine sachliche Unterrichtung erfolgt und zur zulässigen Nutzung des Internets J.M.Schmittmann, Werbung von Patentanwälten im Internet, Mitt. der deutschen Patentanwälte 1997, 247 ff und zur Unzulässigkeit bei den Zahnärzten OVG Koblenz Urt.v.13.2.1997 NJW 1997, 1932 "eMail doctor".

68 F.R.Remmert, Anwaltliche Werbung durch Zeitungsanzeigen, NJW 1997, 2785 f m.w.N.

69 7.Kapitel

70 Wobei jeweils das Problem besteht, ob es sich um eine Umgehung handelt oder die Werbebeschränkung diesen Sachverhalt nicht erfaßt bzw. erfassen will.

Der Hintergrund dieser Regelung ist die von den Berufsgerichten weitgehend akzeptierte Auffassung, daß das ärztliche Werbeverbot selbst durch Gründung einer „Ärztelhaus-GmbH“⁷¹ nicht umgangen werden kann. Selbst eine Literaturmeinung, die das Verbot der Gründung einer Ärzte-GmbH als verfassungswidrig bezeichnet,⁷² ignoriert die Identität einer juristischen Person und bejaht ohne weite Problematisierung den „Durchgriff“⁷³ der Berufsordnung der natürlichen auf die juristische Person. Zu ergänzen ist, daß Verstöße gegen das Berufsordnungsrecht oft durch den Unterlassungsanspruch des § 1 UWG sanktioniert werden.

In Fall VI (Ärztewerbung) dürfte also auch eine juristische Person, wie etwa ein Sanatorium oder ein überbetrieblicher betriebsärztlicher Dienst, die Leistungen seiner Ärzte nicht durch gezielte Anschreiben bekanntmachen.⁷⁴

Von dieser „Umgehungsratio“ ist die „Ergänzungsratio“ im Verhältnis von Einzel- und Gemeinschaftswerbung zu unterscheiden.

Vorstellbar wäre die Werbung einer *Landesärztekammer*, die für die Leistungen der Ärzte wirbt. Das Leistungsangebot der Angehörigen der freien Berufe ist indes so von der Individualität des Anbieters geprägt, daß diese Option den Bedürfnissen der Praktiker nicht Rechnung trägt.⁷⁵

(2) **Wettbewerbsrechtliche Behandlung der Gemeinschaftswerbung.** Auch hier bestimmte die Umgehungsratio lange die rechtliche Beurteilung. Solange die vergleichende Werbung unzulässig war, stand die *Verbandswerbung*, soweit es sich nicht um Mitgliederwerbung handelte, unter der Argumentationslast der nur ausnahmsweise zulässigen, vergleichenden Werbung.⁷⁶ Bei diesen

71 Als Umgehungsgeschäft qualifiziert von LG Cottbus Urt.v.27.8.1996 "Ärztelhaus" NJW 1997, 2458 und anderer Meinung J.Taupitz, Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots, ärztliche Praxen in Form einer juristischen Person des Privatrechts zu führen, NJW 1996, 3033, 3038, der aber auch das Berufsrecht auf die GmbH im Wege der Störerhaftung nach § 1 UWG durchgreifen lassen will.

72 J.Taupitz, Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots, ärztliche Praxen in Form einer juristischen Person des Privatrechts zu führen, NJW 1996, 3033, 3038.

73 Es handelt sich um einen umgekehrten Durchgriff, weil im Gesellschaftsrecht der Durchgriff "durch" die juristische Personen auf die natürliche Person diskutiert wird. Hier handelt es sich um einen - nach hier vertretener Meinung jedenfalls in dieser Pauschalität - höchst problematischen Durchgriff des Berufsordnungsrechts der natürlichen auf die juristische Person, die zum Teil ganz andere Berufsgruppen beschäftigt und vielleicht auch eine "andere" Gesamtleistung anbietet..

74 Für eine Trennung nach den Leistungen der sonstigen Beschäftigten und der Ärzte OLG München Urt. v. 16.4.1992 NJW 1993, 800 bei diesem in der Form einer GmbH betriebenen Anbieter.

75 Siehe etwa zur Information über einen Herzkatheter - Meßplatz BVerwG Urt.v.13.11.1997 DÖV 1998, 513.

76 Siehe allgemein P.Kurz, *Verbandsäußerungen und Wettbewerbsrecht*, 1996, S. 122 - 137. Es gibt Verbandswerbung ohne Nennung des einzelnen Anbieters und/oder seines Produkts und Gemeinschaftswerbung, die als "gesammelte Individualwerbung" erfolgt und alle Anbieter nennt. Eine Übersicht mit Beispielen aus der Literaturwerbung findet sich bei F.Teblier-Langenscheid, *Werbung für deutsche Gegenwartsliteratur*, 1983, S.85,ff.

Werbeformen handelt es sich üblicherweise nicht um Werbung, die auf die *Erzielung einzelner Aufträge* gerichtet ist.⁷⁷

Beispiele liefert das Energiewerberecht, in dem Interessenverbände der Erdgasversorgungsunternehmen und der Heizölbranche seit langer Zeit auf die Kosten- und Umweltvorteile⁷⁸ ihrer Energieprodukte hinweisen. So hatte ein Interessenverband der *Heizölindustrie* den Gemeinderat einer Gemeinde angeschrieben, weil die Gemeinde den Ausbau der *Erdgasversorgungsnetzes* beabsichtigte. Nach Ansicht des OLG München handelte es sich um unzulässige, kritisierende Werbung an Erdgas (§ 1 UWG), weil dem *Bürgermeister* und den *Gemeinderatsmitgliedern*⁷⁹ die Beurteilungskompetenz für das sachlich gehaltene Schreiben, das Vor- und Nachteile von Öl- und Gas gegenüberstellte, abgesprochen wurden.⁸⁰ ⁸¹ Die Entscheidung stimmt mit zwischenzeitlich ergangenen BGH-Entscheidungen nicht überein; sie verdeutlicht aber das - im Vergleich zur nicht-kommerziellen Sprache - *fehlende Klima der Freiheit auch auf der Ebene eines Oberlandesgerichts*.

Diese Rechtsprechung wird grundsätzlich von der Befürchtung getragen, daß durch die Verbandsäußerungen die Schranken der Werbung für den einzelnen umgangen werden. Inwieweit diese Fälle einer Neubewertung durch die Richtlinie zur vergleichenden Werbung erfahren, bleibt abzuwarten.

Vergleichsweise unproblematische Beispielfälle für die Verbandswerbung⁸² sind die Gütezeichengemeinschaften, die für die Verbreitung ihres Gütezeichens werben (z.B. Schurwolle).⁸³

Problematisch wird jedenfalls eine Verbandswerbung, die sich - ohne Nennung eines Unternehmens oder Verwendung von „Marken, Symbolen oder gewissen Unterscheidungsmerkmalen⁸⁴“ für das Rauchen ausspricht. Vor Er-

77 Es handelt sich um eine Werbeform, die oft in der Form der "Public Relations" erfolgt (dazu unter IV).

78 BGH Urt.v.25.6.1992 NJW 1992, 3304 "Erdgassteuer" zu einer Werbekampagne mit den Umweltvorteilen von Erdgas.

79 Die Entscheidung widerspricht der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidung des BGH Urt.v.19.9.1996 GRUR 1997, 304 "Energiekostenpreisvergleich II".

80 OLG München Urt. v. 25.10.1992, RdE 1993, S. 538 f.

81 Ein weiteres Beispiel ist die Werbung eines Verbandes der Gasversorgungsunternehmen, der eine Anzeige schaltete, die die (Umwelt-)Vorteile von Erdgas gegenüber Heizöl deutlich machen sollte. BGH Urt. v. 25.6.1992, RdE 1993, S. 18. Die Entscheidung des OLG München ist mit diesem Urteil unvereinbar, weil sie das Selbstdarstellungsrecht eines Interessenverbandes verkennt. Zur Kritik an der BGH-Entscheidung, die das Handeln im geschäftlichen Verkehr und mit Wettbewerbsabsicht bejaht, vgl. die Entscheidungsanmerkung von B. Vogt, RdE 1993, S. 21.

82 Für Gemeinschaftswerbung in der Form der Musterwerbung - *verstanden als gebündelte Werbung mehrerer Anbieter* - kann vor allem bei mittelständischen Betrieben das Kostenargument sprechen. So findet sich "Musterwerbung" etwa bei Spielzeug und Möbeln, wo Einkaufsgenossenschaften für ihre Mitglieder das Werbematerial erstellen. Das konkrete Möbel- oder Spielzeugunternehmen fügt nur noch seinen Namen und die Adresse auf das Werbemittel. (Spielzeug: Vedes). Man könnte diese Werbestrategie auch als *Verbandswerbung* bezeichnen. Weil sie aber für konkrete Produkte wirbt, ist die Bezeichnung als Sammelwerbung spezifischer. Rechtlich ist diese Sammelwerbung eindeutig nicht anders zu behandeln als Einzelwerbung.

83 St.Gruber, Verbraucherinformation durch Gütezeichen, 1987, S.114,ff.

84 Art. 2 Nr. 2 Tabakwerbeverbotsrichtlinie.

laß der Tabakwerbeverbotsrichtlinie hat eine solche Werbung unter Berufung auf Art. 5 GG die Hürden des Wettbewerbsrechts genommen.⁸⁵ Nach dem Wortlaut der „Tabakwerbeverbotsrichtlinie“ (Art.2 Nr.1) wird man anhand des Einzelfalls diskutieren müssen, inwieweit versucht wird, dadurch Verkaufsförderung für *ein* Tabakerzeugnis zu betreiben und so das Werbeverbot zu „umgehen“..

c) *Identität von Werbendem und Werbebegünstigstem: Eigen- und Fremddarstellungsszenarien*

Für das einfachgesetzliche Werberecht - und nach hier vertretener Meinung auch für das Verfassungsrecht - macht es einen Unterschied, ob der Werbende nach außen als Initiator der Werbung erkennbar ist - hier als „*Eigendarstellung*“ bezeichnet - und „seine“ Werbung oder Public Relations betreibt oder ob über ihn berichtet wird - hier als „*Fremddarstellung*“⁸⁶ bezeichnet. *Soweit das Eigen- oder Fremddarstellungsszenario durch Werbung⁸⁷ ausgefüllt wird, handelt es sich um „Eigen-“, oder „Fremdwerbung“ (aa und bb). Das Fremddarstellungsszenario kann auch durch (mediale) Berichterstattung (cc) ausgefüllt werden.*

aa) Eigenwerbung

Gerade im Rahmen von personalen Werberegungen (der „freien Berufe“) wird zwischen Eigen- und Fremdwerbung unterschieden. Eigenwerbung ist entweder grundsätzlich unzulässig (Ärzte) oder nur mit einem bestimmten Inhalt und in einer bestimmten Form („sachliche Unterrichtung“, die keine gezielte Einwerbung einzelner Aufträge darstellt) zulässig (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer).

bb) Fremdwerbung

Wie drohend und offensichtlich der Wertungs“widerspruch“ zwischen unzulässiger Eigen- und zulässiger Fremdwerbung sein kann, zeigte die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Anwaltswerberecht.

Die Werbung mit der Angabe „Strafverteidiger“ auf dem Briefkopf eines Anwalts sollte⁸⁸ als Tätigkeitsschwerpunkt nicht zulässig⁸⁹ sein. Die inhaltlich gleiche Aussage durch einen „Anwalts-Suchservice“, der in typisch werbender Form (Kanzleiadresse und Telefonnummer mit Angabe der Tätigkeitsschwerpunkte)

85 OLG Köln Urt.v.4.10.1992 GRUR 1992, 454.

86 M.Kort, Wettbewerbsrechtliche Fragen der Werbung freier Berufe, GRUR 1997, 701, 709 spricht von "Drittwerbung" .

87 Siehe zu Public Relations als Form der Eigendarstellung unter II.

88 Inzwischen ist die sachliche Werbung zulässig und damit auch die Angabe von Tätigkeitsschwerpunkten. Diese Fälle zur alten Rechtslage (damals Verbot berufswidriger Werbung) verdeutlichen ein auch heute bestehendes Problem der Diskrepanz von Eigen- und Fremdwerbung.

89 BGH Urt. v. 16.6.1994 WRP 1994, 608, 610, wo nur der Tätigkeitshinweis "Strafverteidigungen" als zulässig erachtet wurde und zur Irreführungsfahr bei der Bezeichnung "Strafverteidiger" ausdrücklich nicht entschieden wurde.

über diesen Anwalt informiert, konnte dagegen zulässigerweise erfolgen, weil - was wenig überzeugend ist⁹⁰ - letztendlich der Rezipient, und nicht der Anwalt, den Kontakt herstellt.⁹¹ Voraussetzung für diese unterschiedliche Bewertung ist, daß die Aufnahme in den Suchservice nicht entgeltlich erfolgt - was sie zur Eigenwerbung machen würde.

Es handelt sich bei dieser unterschiedlichen Bewertung von Werbeinhalten um eine unvermeidliche Folge der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit *Dritter*, also hier des Suchservice. Selbst die Fremdwerbung durch die Medien wird von der berufsordnungsrechtlichen Skepsis der „Umgehungsratio“ erreicht.

So bedurfte es einer BGH-Entscheidung, um den Verleger von Informationsblättern, die über die steuerlichen Vorzüge von Zerobonds berichteten, von der Störerhaftung nach § 1 UWG (i.V.m. § 43 b BRAO; § 57 a StBerG) zu entlasten. Die Artikel enthielten den Hinweis:“ Daher sollten sie für die Vertragsausarbeitung einen in steuerlichen und rechtlichen Angelegenheiten erfahrenen Rechts- und Steuerberater hinzuziehen. Die Redaktion nennt Ihnen bei Bedarf gern einen *versierten Ansprechpartner*.“⁹²

Die Gerichte werden bei Fremdwerbungsszenarien großzügiger.⁹³ Die Berufsrechte konzentrieren sich (deshalb) darauf, bereits die Mitwirkung der „freien Berufe“ an der Entstehung von Fremddarstellungs- und Fremdwerbungsszenarien zu untersagen (dazu siehe unter dd).

Weil es sich um werbungsfördernde Aktivitäten *Dritter* - also nicht des Werbenden und nicht des Rezipienten - handelt, sind solche Sachverhalte *keine Fremdwerbung*, in der der Werbende mit der Aussage von Patienten, beispielsweise dem Ausspruch von Patient X:“ (Das Heilmittel) Hyanit oder die Behandlungsmethode von Prof. Y hat meiner Haut geholfen“, wirbt.⁹⁴ Es handelt sich um eine Variante der Eigenwerbung, die auch als solche rechtlich zu behandeln sind. Nichts anderes gilt für die Werbung mit einem „Urteil“ der Stiftung Warentest⁹⁵ oder mit den Ergebnissen eines Tests, den ein Presseorgan durchgeführt hat. Auch hier handelt es sich um *Eigenwerbung*, die den personalen Werberegelungen unterstellt werden muß.

cc) Fremddarstellung

Die Fremddarstellung umfaßt sämtliche *werbewirksamen* Aktivitäten Dritter und ist im Unterschied zur Eigenwerbung grundsätzlich zulässig. Diese unterschiedli-

90 Auch bei der Werbung auf dem Briefkopf kann der Rezipient entscheiden, ob er den Anwalt beschäftigt.

91 BVerfG Beschl. v. 17.2.1992 NJW 1992, S. 1613 "Anwalts-Suchservice" und BGH Urt.v.13.9.1993 NJW 1994, 141 zur Aufnahme von Tätigkeitsschwerpunkten in das Telefonbuch; siehe aber auf der anderen Seite für die Eigenwerbung einer Kanzlei für ihre Spezialisierung im Hochschulrecht Ehrengericht Freiburg, Entsch. v. 5.8.1991, BRAK-Mitt. 1992, S. 60.

92 BGH Urt.v.28.11.1996 JZ 1997, 1010 mit kritischer, im Ergebnis noch zustimmender Anmerkung von M.Henssler (1011, 1013).

93 Vgl. früher zu den "Hackethal-Entscheidungen" BverfGE 85, 248, 263.

94 BGH Urt. v. 2.7.1992 GRUR 1992, S. 874 f. "Hyanit", wo in Form einer Testimonialwerbung (Werbung mit Zeugen) Eigenwerbung betrieben wurde.

95 BGH Urt.v.10.7.1997 NJW 1998, 818 zur Unzulässigkeit der Werbung mit einer fachlichen Empfehlung (Ergebnis der Stiftung Warentest) bei Heilmitteln nach § 11 Nr. 2 HWG.

che Behandlung findet ihre Rechtfertigung darin, daß die Fremddarstellung durch (unabhängige) Dritte, etwa die Presse oder eine Verbraucherschutzorganisation erfolgt und diese Dritten eine eigene Meinung - wenn auch mit potentiell werbender Wirkung - äußern. Diese werbende Wirkung kann für das Darstellungssubjekt⁹⁶ positive („*positive Werbewirkung*“) oder negative („*negative Werbewirkung*“) Folgen haben. Für die Mitbewerber hat die „positive Werbewirkung“ vermutlich eher nachteilige wie die „negative Werbewirkung“ eher positive Folgen hat. Die (wettbewerbs)rechtliche Folgenbetrachtung führt dazu, daß die Anforderungen an die Wahrheit der Darstellung der kommerziellen Sachverhalte hoch sind - und um so höher sind, als die *Eigenwerbung*, etwa in den freien Berufen, *beschränkt* oder *ausgeschlossen ist*.

Die Stärke dieses *mittelbaren Einflusses von Eigenwerbungsverboten, die bei der Fremddarstellung zu erhöhter Recherche- und Wahrheitspflicht* führen, hat die Zeitschrift „FOCUS“ erfahren. Sowohl die Darstellung der „500 besten Ärzte Deutschlands“ als auch der „500 besten Anwälte Deutschlands“ wurden vom BGH als stilwidrige Werbung (§ 1 UWG) qualifiziert.⁹⁷ Das Gericht bejahte - im Unterschied zu sonstiger Berichterstattung⁹⁸ - die Absicht der Zeitung, den Wettbewerb derjenigen Berufsangehörigen zu fördern, über die berichtet wird. Die Recherchekriterien, die „FOCUS“ für seine Auswahl nachweisen konnte, reichten dem BGH aber nicht aus.⁹⁹ Bei den Anwälten¹⁰⁰ wurden die Maßstäbe, die für die Eigenwerbung gelten, nämlich die Beschränkung auf die sachliche Darstellung der Tätigkeitsschwerpunkte (nunmehr § 43 b Abs.1 BRAO) auf die Fremddarstellung - die durch die Presse erfolgte - übertragen.¹⁰¹

96 Für die Mitbewerber hat die negative Werbung - etwa die Kritik an einem Restaurant - hinsichtlich eines Mitbewerbers grundsätzlich positive Folgen. Das trifft nur dann nicht zu, wenn durch die Schilderung einzelner "schwarzer Schafe" die Positionierung der Branche in der öffentlichen Meinung verschlechtert wird oder die Berichterstattung wenig oder wenig aufnahmebereite Rezipienten findet.

97 BGH Urt.v.30.4.1997 GRUR 1997, 912 "Die Besten I" und BGH Urt.v.30.4.1997 GRUR 1997, 914 "Die Besten II" (vorher LG München, Beschl. v. 26.11.1993, NJW 1994, S. 331 f).

98 Siehe etwa BGH Urt.v.12.6.1997 GRUR 1998, 167 "Restaurantführer". Der BGH lehnt bei der vernichtenden Äußerung über das Lokal des Klägers das Vorliegen der Wettbewerbsabsicht (§ 1 UWG) des "Restaurantführers" ab. Er bejaht aber eine grundsätzliche deliktsrechtliche Verantwortung des Herausgebers (§ 831 BGB) für die Kritik der Journalisten und verlangt mehrere Restaurantbesuche, bevor eine solche existenzgefährdende Kritik geäußert werden darf. Allgemein zur *Förderung fremden Wettbewerbs* als Tatbestandselement der Wettbewerbsbehandlung V 5 a und b).

99 Die "Besten I" haben eine Fortsetzung gefunden, bei der die Zeitschrift an 7000 Ärzte Fragebogen richtete und 400 Selbsthilfegruppen befragt wurden. Der Titel lautete "Die neue FOCUS Ärzteliste" ; es handelt sich nach Ansicht des LG München Urt.v.31.3.1998 Az. 9 HKO 20738/97 nunmehr um eine zulässige Information der Leser.

100 Bei den Ärzten herrscht insoweit immer noch ein Werbeverbot, das die Anlegung paralleler Maßstäbe nicht ermöglicht ("sachlich").

101 Kritisch M.Kort, Wettbewerbsrechtliche Fragen der Werbung freier Berufe, GRUR 1997, 701, 709 der nach der Art der Kontaktaufnahme zwischen dem Angehörigen der freien Berufe und den Medien differenzieren will.

Hier besteht die Gefahr, daß die Berichterstattung über wirtschaftliche Sachverhalte *entmutigt* wird.¹⁰²

dd) Mitwirkungsrechte der in der Werbung Beschränkten an Fremddarstellungen;
das Beispiel der ärztlichen Musterberufsordnung

Hier handelt es sich um die berufsrechtliche Sanktionierung von eigenen Aussagen wegen ihrer werbenden Wirkung. Fremddarstellungen setzen die Kenntnis vom Sachverhalt voraus. Diese Sachverhalte finden sich oft im Wissen der Berufsangehörigen. Um also einer möglichen Diskrepanz von Eigenwerbung auf der einen und Fremdwerbung und Fremddarstellung auf der anderen Seite zu begegnen, wählen die Berufsrechte eine „*Vorfeldstrategie*“. Zentrales Kriterium ist die *Mitwirkung* von Angehörigen „freier Berufe“, die zur oben beschriebenen Fremddarstellung oder Fremdwerbung führt. Die Musterberufsordnung der Ärzte (§§ 27 Abs.2, 28)¹⁰³ enthält hier immer noch ein ausdrückliches Verbot der Duldung von Fremdwerbung oder einer Fremddarstellung mit besonders werbender Wirkung:

„Der Arzt darf eine ihm verbotene Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. ... Der Arzt darf nicht dulden, daß Berichte oder Bildberichte mit werbender Herausstellung seiner ärztlichen Tätigkeit unter Verwendung seines Namens, Bildes oder seiner Anschrift veröffentlicht werden....*die Mitwirkung des Arztes an aufklärenden Veröffentlichungen in den Medien ist zulässig, soweit die Veröffentlichung und die Mitwirkung auf sachliche Information begrenzt und die Person sowie das Handeln des Arztes nicht werbend herausgestellt werden...*“

Das ist nur die ausdrückliche Fassung eines Verbots der „Anscheinswerbung“, die auch in anderen „freien Berufen“ üblich ist¹⁰⁴ - die Angehörigen der „freien Berufe“ durften nicht nur selbst nicht werben, sondern auch nicht den „Anschein“ einer Werbung dulden. Es verpflichtet die Ärzte, entweder keine Interviews zu geben und die Anfertigung von Pressefotos zu verhindern oder - wenn sie die Berichterstattung fördern - zur Zensur von Medienbeiträgen, die dann nämlich nur „sachlich“ berichten dürfen. Weil das weder dem Arzt oder Anwalt faktisch möglich noch einer Institutionen garantierten Presse zumutbar ist, hat das BVerfG das Verbot der Anscheinswerbung für verfassungswidrig erklärt¹⁰⁵ - jedenfalls in den Fällen, in denen eine sachliche Berichterstattung geplant oder die Kontaktaufnahme im Rahmen eines Interviews erfolgte, das der sachlichen Aufklärung der Öffentlichkeit (hinsichtlich von Rechtsfragen) diene. Die Berufsgerichte verlangen dennoch weiterhin, daß die Ärzte bei Interviews speziell gegenüber der „Re-

102 J.Kraft, Die Medien im Treibhaus der Werbung, Die Zeit, 10.2.1995, S.55.

103 NJW 1997, 3076, 3078.

104 § 36 der Berufssatzung der Wirtschaftsprüfer.

105 BVerfG Beschl. v. 11.12.1991 NJW 1992, 2341 "Hackethal"; vgl. dagegen OLG Hamburg, Urt. v. 21.9.1978, WRP 1979, 312, 315. Siehe auch BVerfG Kammerbeschl. v. 17.9.1993 NJW 1994, 123.

genbogenpresse“¹⁰⁶ Zurückhaltung üben und Interviews nur unter der (vertraglichen) Bedingung der Kontrolle vor dem Abdruck geben.

d) *Personale Werbebeschränkungen als gleichheits- und berufsverletzende Marktnachteile: das Konkurrenzargument*

Die Schwäche personaler Werbebeschränkungen ist, daß sie dann zum individuellen Wettbewerbsnachteil werden, wenn die Angehörigen der Berufsgruppe, die werbebeschränkt ist, mit anderen, freien Anbietern konkurrieren, die von den Werbebeschränkungen nicht erfaßt werden. Die Werbebeschränkung, die vorher alle Mitbewerber am Markt trifft, wird so zum vielleicht verfassungswidrigen Eingriff. Es stellt sich die Frage des Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) wie der (noch) bestehenden Geeignetheit der Berufsausübungsregelung (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG).

Ein Beispielfall¹⁰⁷ ist die Rechtssache „Hünernmund“, die das BVerwG und den EuGH¹⁰⁸ beschäftigt haben. Nach einer Berufsordnung in Baden Württemberg durften Apotheken für apothekenübliche Waren - das Randsortiment - nicht „*in übertriebener Weise*“ werben.¹⁰⁹ De facto führte das Verbot zu (Produkt-)Werbebeschränkungen, denen Drogerien und Verbrauchermärkte, die ebenfalls Drogerie- und Kosmetikartikel anboten, nicht unterworfen waren. Das BVerwG hat den Schutz des Berufsbilds des Apothekers und die Vorrangigkeit der „*öffentlichen Aufgabe der Arzneimittelversorgung*“ für so erheblich erachtet, daß es einen *Verstoß gegen Art. 12 GG* verneint hat.¹¹⁰

106 Etwa Landesberufsg für Heilberufe bei dem OVG Koblenz Urt.v.27.4.1994 NJW 1995, 1633,1635.

107 Ein weiteres Beispiel für Werbebeschränkungen als Marktnachteile war die Unternehmensberatung, die von Unternehmensberatern wie von Wirtschaftsprüfern angeboten wird. Vor der Änderung der Wirtschaftsprüferordnung war den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die Werbung für diese (berufsordnungsrechtlich zulässige) Dienstleistung verboten (§ 52 WPO alter Fassung), während die Unternehmensberater werben durften. Der Gesetzgeber hat sich dem Druck der Interessenverbände gebeugt und eine "informativ und nicht reklamehafte Werbung" (§ 33 ff der Berufssatzung) zugelassen. Zu der Verschärfung dieser Problematik bei zunehmender Internationalisierung der Märkte, die akzessorisch auch eine Internationalisierung der Wirtschaftsprüfermärkte und damit zu einer Wettbewerbsbenachteiligung in Deutschland ansässiger Wirtschaftsprüfer führt, W. Vogelsang, Wirtschaftsprüfung und Werbung im Rahmen einer internationalen Wettbewerbswirtschaft, Köln, 1988, S. 78, 87. Zum Problem, inwieweit die Banken bei der Werbung für Testamentsvollstreckung den Werbebeschränkungen von § 1 Abs. 3 der Zweiten Verordnung zur Ausführung des Rechtsberatungsgesetzes (Schönfelder Nr. 99 b) unterliegen, der die unaufgeforderte Ankündigung von Leistungen an Dritte verbietet, R.Bork, Testamentsvollstreckung durch Banken, WM 1995, 225, 233 m.w.N.

108 VGH Baden Württemberg Beschl.v. 18.4.1994 GewArch 1994, 320; EuGH Urt.v.15.12.1993 Rs.C-292/92 R.Hünernmund u.a./Landesapothekerkammer Baden-Württemberg Slg. 1993, I-6787, der die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 30 EGV abgelehnt hat. Siehe auch BVerwGE 89, 30 und BVerwG Beschl.v.23.12.1994 GewArch 1995, 194. Dazu siehe im 6.Kapitel III 5.

109 BVerwGE 89, 30, 31 gibt § 10 der Berufsordnung wieder, der als übertriebene Werbung insbesondere „die Versendung von Werbebrieffen, Flugblättern, außerhalb der Apotheke ... und die Aufgabe von Annoncen in Zeitungen und anderen Druckschriften umfaßt, die größer als 40 qcm sind und häufiger als einmal wöchentlich erscheinen....“ erfaßt.

110 BVerwGE 89,30, 34. Die Apothekenbetriebsverordnung (BGBl I 1995, 1196) enthält in § 20 Informations- und Beratungspflichten des Apothekers gegenüber den Kunden.

Einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) hat es mangels eines vergleichbaren Sachverhalts abgelehnt:

„Die Apotheke ist eine Einrichtung des öffentlichen Gesundheitswesens, die - soll sie ihre Funktion erfüllen - auf ein besonderes Vertrauen der Bevölkerung angewiesen ist; das ist bei den Einzelhandelsgeschäften nicht der Fall.“¹¹¹

Das BVerfG¹¹² hat in seiner Entscheidung aufgrund der Prüfung von Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen der „Geeignetheit“ und „Verhältnismäßigkeit“ verlangt, daß die Feststellung, ob Werbung „übertrieben“ sei, immer anhand des Einzelfalls zu beurteilen sei.

Das BVerfG verlangt deshalb, daß die Berufsgerichte sich nicht darauf beschränken dürfen, anhand der *Größe* und der *Häufigkeit* von Presseanzeigen, pauschal und abstrakt das Vorliegen „übertriebener Werbung“ zu bejahen. Es komme immer auf die einzelne Gestaltung der Werbung an; insbesondere sei weder das Sponsoring noch die Aufstellung von Verkaufsschütten (Verkaufsförderung) per se übertrieben.

In einer rechtlichen Betrachtung kann festgehalten werden, daß *das Konkurrenzargument*¹¹³ bisher den Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG noch nicht begründet hat. Der Vergleichbarkeit des Sachverhalts - das angebotene Produkt - mag im Einzelfall die Unterschiedlichkeit des Anbieters entgegenstehen. Wenig überzeugend ist diese Differenzierung im Verhältnis von Apothekern und Drogisten, so daß der Entscheidung des BVerfG im Ergebnis zuzustimmen ist. Das BVerfG hat bei seiner Prüfung nur am Rande auf das „Konkurrenzargument“ abgestellt, und sich darauf konzentriert, die Bejahung „übertriebener Werbung“ von einer Einzelfallprüfung abhängig zu machen. Die Geeignetheit der Werbebeschränkung für das Ziel der Vorbeugung einer Verfälschung des Berufsbildes wie einer Verunsicherung der Bevölkerung¹¹⁴ fehlt erst dann, wenn das oder ein vergleichbares Produkt überwiegend von Anbietern vertrieben wird, die keiner Werbebeschränkung unterliegen. Ein ernst genommenes Konkurrenzargument verlangt Marktanalysen, und dies mag ein Grund sein, weshalb es in der Rechtsprechungspraxis schwieriger und nur kostenträchtig anwendbar ist. Die tatsächlichen Grundlagen für das Verdikt der Ungeeignetheit sind voraussichtlich schwer zu erlangen, zumal rechtlich auch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu berücksichtigen ist.

111 BVerwGE 89, 30, 39.

112 BVerfG Beschl.v.22.5.1996 NJW 1996, 3067 ff.

113 Das Konkurrenzargument für die Zulassung sachlicher Werbung entfällt allerdings bei Berufsgruppen, die keiner "werbeverbotsbefreiten" Konkurrenz ausgesetzt sind. Das ist beispielsweise im Verhältnis von Ärzten und Heilpraktikern der Fall, weil Heilpraktiker - so es sich um Leistungen handelt, die die ärztliche Leistung substituieren können - einem vergleichbaren Werbeverbot unterliegen (Art.7, 9 Abs.2 BoBdH).

114 H.J.Papier/H.Petz, Rechtliche Grenzen des ärztlichen Werbeverbots, NJW 1994, 1553, 1558; BVerwG Urt.v.13.11.1997 DÖV 1998, 513 f zur Ärzterwerbung, wo auch bei der zutreffenden Information über Behandlungsmethoden eine Verunsicherung der Bevölkerung befürchtet wird. Zur verfahrensrechtlichen Frage, daß eine Irreführung im Gesundheitsbereich grundsätzlich geeignet sind, den Wettbewerb "wesentlich (§ 13 Abs. 2 Nr.2 UWG) zu beeinträchtigen BGH Urt.v.9.10.1997 NJW 1998, 822. .

3. Anknüpfungspunkt: Werbeträger und Werbemittel

a) Unterschied zwischen Werbeträger und Werbemittel

Beide Begriffe unterscheiden sich durch ihre *kommunikationsstrategische* Bedeutung. Den Werbeträgern kommt die Funktion zu, die Werbebotschaft an Zielpersonen *heranzubringen*; die Werbemittel dienen dazu, die „*Information*“ *weiterzugeben*. Die Werbeträger sind also für die technische Streuung der Werbemittel verantwortlich, die Werbemittel günstigstenfalls für die psychologische.¹¹⁵ Die juristische Berechtigung dieser Differenzierung wird am Beispiel der unterschiedlichen rechtlichen Bewertung von Kino- und Rundfunkwerbespots deutlich. Bei beiden Werbeträgern - Kinoleinwand auf der einen, Fernsehbildschirm auf der anderen Seite - könnte *ein* identisches Werbemittel, ein Werbespot, eingesetzt werden. Wenn dieser Werbespot für Zigarettenkonsum werben wollte, wäre er im Fernsehen per se unzulässig (§ 22 Abs.1 LMBG, Art. 13 FsRI)¹¹⁶, im Kino ist er immer noch zulässig.¹¹⁷

Kommunikationstheoretisch hat die Auswahl des Werbeträgers ausschlaggebende Bedeutung für die Anzahl und Persönlichkeit der Adressaten der Werbung. So könnte die unterschiedliche Behandlung beider Werbeträger bei der Tabakwerbung damit gerechtfertigt werden, daß durch das Kino wesentlich weniger und grundsätzlich ältere Rezipienten potentiell weniger häufig der Zigarettenwerbung ausgesetzt werden als beim Fernsehen, das ohne Eintritt oft und leicht verfügbar ist.¹¹⁸

In einer weiteren Differenzierung wird zwischen *werbeträgerbezogenen Werbemitteln* und *werbeträgerfreien Werbemitteln* unterschieden werden.¹¹⁹ So sind Zeitungsanzeigen werbeträgerbezogene Werbemittel, während Prospekte, die mittels Postwurfsendung den Empfänger erreichen, werbeträgerfrei sind.¹²⁰ In einer juristischen Betrachtung müssen bei werbeträgerbezogenen Werbemitteln sowohl die Vorschriften, die sich auf das Werbemittel beziehen, als auch die Vorschriften, die sich auf den Werbeträger beziehen, kumulativ überprüft werden.

Wenn also ein Alkoholwerbespot im Fernsehen gezeigt wird, dann ist zu überprüfen, ob Alkoholwerbung auf diesem medialen Werbeträger überhaupt gezeigt werden darf und es ist dann anhand des konkreten Werbespots (Werbemittel) zu überprüfen, ob es sich um einen Werbespot handelt, der sich (unzulässigerweise) an Jugendliche wendet (Art. 15 FsRI¹²¹).

115 D. Schweiger/G. Schrattenecker, Werbung, 2. Aufl., 1988, S. 158.

116 "Fernsehrichtlinie" v. 30.6.1997 ABl. Nr. L 202/67.

117 Vorbehaltlich der Umsetzung der Richtlinie.

118 Eine solche Begründung fehlt aber in der Kommentarliteratur und Rechtsprechung zu § 22 Abs.1 LMBG.

119 G. Schweiger/D. Schrattenecker, Werbung, S. 158.

120 Dies schließt nicht aus, daß Prospekte auch als Zeitungsbeilagen und damit werbeträgerbezogenen Werbemittel zu qualifizieren sind.

121 "Fernsehrichtlinie v. 3.10.1989" Nr.L298/23.

b) *Werbeträger*

aa) Unterscheidung von medialen und anderen Werbeträgern

Bei den Werbeträgern müssen in einer rechtlichen Betrachtung *mediale (Presse, Fernsehen)* und *andere Werbeträger (Plakatwand)* unterschieden werden. Für die medialen Werbeträger muß die Frage erörtert werden, inwieweit die Finanzierungsinteressen auch medialen Grundrechtsschutz genießen.

Jedenfalls in der Literatur wird anlässlich der „Tabakwerbeverbotsrichtlinie“ behauptet, daß ein Einnahmeausfall bei den Medien durch Werbeverbote (etwa für die Presse) zu einem Grundrechtseingriff führe.¹²² Diese Betrachtung verkehrt in ihrer Pauschalität die Grundsätze des Wirtschaftslenkungsrechts. Grundsätzlich haben weder die Eigentümer (Art. 14 Abs. 1 GG) noch die Arbeitnehmer oder die Unternehmer (Art. 12 GG) ein Recht auf Kunden und Absatzchancen; jede Wirtschaftslenkung, die Einflüsse auf die Finanzierungschancen der Medien hätte, wäre dieser Meinung zufolge - und nach hier vertretener Meinung systemfremd - ein Eingriff.¹²³

Die Übersicht 7 belegt, daß die Werbe“gesetzgebung“ - mit Ausnahme des UWG - in erheblichem Maße auf der Werbeträgerkompetenz beruht. Es können dabei zwei Komponenten unterschieden werden:

bb) Formale Anforderungen an die Werbung

Vor allem im Bereich der Rundfunkwerbung finden sich sowohl für den Bereich des privaten wie auch des öffentlich-rechtlichen Fernsehens Bestimmungen über die *Dauer* und *zeitliche Positionierung* von Werbemitteln, wie Spots (Art. 14-18 und 44-46 RfSt). Das Presserecht, das auch Anzeigenblätter zu seinem Anwendungsbereich zählt, enthält *keine vergleichbaren Bestimmungen über den Anteil von Werbung*, wohl aber das Gebot der Trennung von Werbung und Berichterstattung durch Kennzeichnung der Werbung als „Anzeige“ (etwa § 9 BerlPresseG).

122 P.J.Tettinger, EG-rechtliche Verbote von Werbung und Sponsoring bei Tabakerzeugnissen und deutsches Verfassungsrecht, 1998, 108 m.w.N. zur Kritik des geringen (3 %) Ausfalls von Einnahmen. Eine Stellungnahme zu den bestehenden rundfunkrechtlichen Werbeverböten unterbleibt.

123 Dazu siehe weiter 7.Kapitel

cc) Materielle Anforderungen an den Inhalt von Werbung: Recht der Werbemittel.

Neben den *formalen Anforderungen* an *Werbemittel* enthält § 7 Abs.7 RfSt auch Werbeinhaltsbeschränkungen wie ein *Verbot der politischen, weltanschaulichen und religiösen Werbung*.¹²⁴

Für Werbung, die diese wichtigen Themen behandelt, steht das Massenmedium Fernsehen in Deutschland *de lege lata*¹²⁵ grundsätzlich¹²⁶ nicht zur Verfügung. Die Königsdisziplin der Werbung oder der Beweis ihres Scheiterns bei der Kommunikation über wesentliche Angelegenheiten menschlichen und gesellschaftlichen Lebens, ist damit keine Realität. Die Begründung dieses Verbots der Benutzung eines sehr attraktiven Werbeträgers ist die Struktur des Rundfunkzulassungsrechts. Wenn Werbezeit von jedem für alles gekauft werden könnte, dann würden die Verpflichtungen hinsichtlich der Organisation der Rundfunkveranstalter und der thematischen Ausgewogenheit ihres Programms ineffektiv bzw. „umgangen“ werden können.¹²⁷ Durch den Kauf von Werbezeit wird man aber nach hier vertretener Ansicht noch nicht zum Rundfunkveranstalter und es scheint durchaus überlegenswert, inwieweit sich dieses Verbot im Lichte eines meinungsfreiheitlichen Schutzes kommerzieller Werbung noch begründen läßt. Solange die Werbung Bestandteil der geschäftlichen Betätigung (Art. 12 GG) und die Werbeausgaben „nur“ Finanzierungsinstrument für den Rundfunk sind, solange kann der Ausschluß religiöser und ideeller Sprache von diesem attraktiven Werbeträger hinnehmbar sein. Die Werbung gehört bei dieser Betrachtung dem Markt für Produkte (im Sinne von Waren- und Dienstleistungen) an und ist Finanzierungsinstrument für den Rundfunkmarkt. Sobald Werbung aber meinungs- und informationsfreiheitlich charakterisiert und demzufolge geschützt wird, wird der relevante Markt verändert. Kommerzielle Werbung gehört dann (auch) zum Markt der Ideen; und hier läßt es sich eigentlich nicht mehr rechtfertigen, daß kommerzielle Ideen mit Werbespots vermarktet werden dürfen und religiös-weltanschauliche und politische nicht.

Neben diesen inhaltsadressierten Werbe**verboten** enthält das Rundfunkrecht auch Bestimmungen, die den Werbeinhalt *beschränken*. So gilt die Einschränkung, daß Werbung

„nicht irreführen, den Interessen der Verbraucher nicht schaden und nicht Verhaltensweisen fördern (darf), die die Gesundheit oder Sicherheit der Verbraucher sowie den Schutz der Umwelt gefährden...“ (§ 7 Abs.1 S.1 RfSt).¹²⁸

124 Mit Ausnahme des Anspruchs politischer Parteien zu Wahlzeiten auf Übertragungszeiten (§ 24 RfSt; § 11 ZDF-Staatsvertrag). "Social advertising", wie beispielsweise Werbung für wohltätige Zwecke, soll davon nicht erfaßt werden (Etwa ARD-Richtlinien für die Werbung, zur Durchführung der Trennung von Werbung und Programm und für das Sponsoring i.d.F. v. 27.6.1995 (abgedruckt bei Ring, Medienrecht, 51 Erglfg., 1997, C- 0.3 Teil D 10 und die ZDF Richtlinien für Werbung und Sponsoring i.d.F.v. 7. 10. 1994 (abgedruckt bei Ring, Medienrecht, 51 Erglfg., 1997, C- 0.3 Rn. 101 ff) Teil A 3.1.

125 Siehe zur Rechtslage nach dem FsÜ Ring, Medienrecht, 51 Erglfg., 1997, C- 0.3 Rn. 6.

126 Mit der Ausnahme der Parteienwerbung im Wahlkampf.

127 W.Bosman, Rundfunkrechtliche Aspekte der Trennung von Werbung und Programm, ZUM 1920, 545, 547 ff; G.Ring, Medienrecht, 51 Erglfg., 1997, C- 0.3 Rn. 6.

128 Eine Konkretisierung erfährt die Vorschrift durch die Richtlinien der Sender (Art. 16 RfSt und der Landesmedienanstalten Art. 46 RfST)) über Werbung und Sponsoring. Etwa die ZDF Richtlinien für Werbung und Sponsoring i.d.F.v. 7. 10. 1994 (abgedruckt bei Ring,

Die Existenz solcher Werbeinhaltsregelungen (für das Werbemittel) *durch das Werbeträgerrecht* scheint der Schlüssigkeit der hier gewählten Struktur zu widersprechen. Werbeträgerbezogene Werbeinhaltsregelungen müssen sowohl als Werbeträgerrecht als auch als Werbeinhaltsrecht eingeordnet werden. Diese „Zuordnungsschwäche“ der hier gewählten Gliederung enthüllt (spiegelbildlich) die gesetzgeberische Kompetenzproblematik. So ist das Recht der Werbeinhalte, also etwa das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Gegenstand der konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenz (Art.74 Nr. 11 GG „Recht der Wirtschaft“), die der Bund ausgeschöpft hat. *Das Werbeträgerrecht für den Rundfunk ist dagegen Landeskompetenz (Art. 70 Abs.1 GG; argumentum e contrario Art.73 Nr.7 GG)*. Was passiert also, wenn ein Gericht zu dem Ergebnis kommt, daß die konkrete Anzeige zwar nicht gegen die „guten Sitten“ verstößt (§ 1 UWG), aber den Interessen der Verbraucher schadet (§ 7 RfSt).¹²⁹ Mit der grammatischen Auslegung ließe sich begründen, daß Werbung, die den „Interessen der Verbraucher schadet“ (siehe obiges Zitat) etwas anderes ist als Werbung, die „gegen die guten Sitten“ verstößt (§ 1 UWG). Die grammatische Auslegung ist bei der Generalklausel des § 1 UWG, die eine Konkretisierung durch die Rechtsprechung erlaubt, aber nicht überzeugend. *In der Rechtsprechungspraxis* scheint das Problem bisher keine Rolle gespielt zu haben, weil die Gerichte die Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages als „wettbewerbsbezogene“ Vorschriften qualifizieren, die den Verstoß gegen § 1 UWG begründen.¹³⁰

Die ähnliche Frage des Verhältnisses von bundesrechtlichen zu kommunalen Werbebeschränkungen hat bereits die Rechtsprechung beschäftigt. Der Anlaß war der Versuch von Gemeinden, auf den von ihnen vermieteten Plakatwänden Einfluß auf den Werbeinhalt zu nehmen. Im Außenwerberecht¹³¹ fehlt es an einer § 7 Abs.1 RfSt vergleichbaren Bestimmung. Dennoch versuchte (vor dem Richtlinienerrlaß über Tabakwerbeverbote) eine Gemeinde Zigarettenwerbung auf den von ihr vermieteten Plakatwänden zu untersagen. Da ihr nach Auffassung des Gerichts weder die Gesundheits- noch die Wirtschaftskompetenz (Art.74 Nr.20, 11 GG) zustand, wurde die Gemeinde verurteilt, ihre Plakatwände weiterhin für Zigarettenwerbung zur Verfügung zu stellen. Nach der neueren Rechtsprechung

Medienrecht, 51 Erglfg., 1997, C- 0.3 Rn. 101 ff) verweisen in Teil A unter 3.2. verweist auf die *Verhaltensregeln des Deutschen Werberats* (eines Organs der Werbeselbstdisziplin) über die Werbung für alkoholische Getränke.

129 Wenn man von der identischen Bedeutung von Bund- und Landesrecht ausginge, dann kann man sich der überwiegenden Meinung anschließen, die die Rundfunkstaatsvertragsbestimmung als nicht entgegenstehendes Landesrecht ansieht und dem Bundesrecht *nicht entgegenstehendes Landesrecht* als rechtswirksam qualifiziert. Siehe Th.Maunz, in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art.31 Rn.20 ff.m.w.N. und Bernhardt, in: Bonner Kommentar, 16. Lfg. Art.31, Rn.35; ders. zur Subsumtion von Verträgen zwischen mehreren Ländern (Rundfunkstaatsvertrag) als "Landesrecht" i.S. von Art.31, Rn.26.

130 G.Ring, Medienrecht, 51 ErgLfg., 1997, C-0.3Rn. 14 begründet die fehlende Praxisrelevanz mit der "Vagheit" der Klauseln des Rundfunkvertrages.

131 Vgl. beispielsweise in Bayern Art.13 Abs.2 bis 4 BayBO.; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14.8.1992, WRP 1992, S. 711, 713. So auch grundsätzlich W.Loschelder, Beschränkungen der Außenwerbung als Mittel lokaler Gesundheitspolitik, zur Differenzierung nach Produkten bei der Vergabe gemeindeeigener Reklameflächen, ZLR 1988, S. 488, 499, 501.

des BVerfG würde man das Handeln der Gemeinde als Verstoß gegen das rechtsstaatliche Prinzip der Widerspruchsfreiheit bei der Wahrnehmung unterschiedlicher Kompetenzen (Bundeskompetenz versus Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft) qualifizieren.¹³²

c) *Eigen- und Fremdwerbung*

Auch beim Werbeträgerrecht findet eine Differenzierung zwischen Eigen- und Fremdwerbung statt.

aa) Werbung an und mit Bauten

Die Rechtsprechung trägt der *Eigentumsfreiheit* (Art. 14 Abs.1 GG)¹³³ - *und nicht der Meinungsfreiheit des Art. 5 GG* - durch eine bauplanungs-¹³⁴, bauordnungs-¹³⁵ und straßen(verkehrs)rechtliche¹³⁶ Privilegierung von *Eigenwerbung*¹³⁷ im Verhältnis zur *Fremdwerbung* Rechnung. Die Eigenwerbung an der Stätte der Leistung ist grundsätzlich immer zulässig - wenn auch die Form (etwa Lichtwerbung) und Größe vom konkreten Ort und Ortsrecht abhängt. Im Rahmen der Eigenwerbung (an der Stätte der Leistung) soll es auch zulässig sein, zwischen Firmenbezeichnungen (Unternehmenswerbung) und Werbeträgern, die auf die produzierte Ware aufmerksam machen („Produktwerbung“) zu unterscheiden.¹³⁸

132 BVerfG Urt.v.7.5.1998 EuGRZ 1998, 285, 289 und BVerfG Urt.v.7.5.1998 EuGRZ 1998, 293, 298 zum Verhältnis von Abgaben- und Sachkompetenz.

133 Zur Notwendigkeit zur Differenzierung zwischen Fremd- und Eigenwerbung bei gemeindlichen Verunstaltungssatzungen, die Werbeanlagen untersagen und zur Unzulässigkeit einer pauschalen Untersagung von Fremdwerbung in einem Kerngebiet OVG Münster Urt.v.6.2.1992 NVWZ 1993, 87, 89.

134 BVerwG Urt.v.3.12.1992, DVBl 1993, 439,f bejaht bei einem beleuchtbaren Schaukasten von 1,40 m Breite und 1,95 Höhe und 20 cm Tiefe, der für Wechselwerbung vorgesehen ist, und an einem Wohnhaus in einem allgemeinen Wohngebiet angebracht ist, die Erfüllung des bauplanungsrechtlichen Anlagenbegriffs (§§1 Abs.3, 29 BauGB) und lehnt die Qualifizierung als baunutzungsrechtlichen Nebenanlage (§ 14 Abs.1 BauNVO) ab, weil der Funktionszusammenhang zwischen Nutzung des Hauses und Außenwerbung nicht gegeben sei. Siehe auch BVerwG Urt.v.16.3.1995 DVBl 1995, 754 f, das eine Anlage der Fremdwerbung (Plakatwand) als "eigenständige gewerbliche Hauptnutzung" bezeichnet. Siehe zur Errichtung von Plakatwänden in im Innenbereich BVerwG Urt.v.15.12.1994 NVWZ 1995, 897.

135 Vgl. Art. 13 Abs.4 S.2 Nr.1 BayBauO, der außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ein Verbot von Werbeanlagen enthält, von denen Werbeanlagen an der Stätte der Leistung ausgenommen sind.

136 Siehe BayVGH Urt.v.16.10.1990 BayVBl. 1991, 754 zur psychologischen Einwirkung eines zu großen Firmenschildes auf den fließenden Verkehr und BVerwGE 94, 234, 238 zu § 33 Abs. 1 Nr. 2 StVO durch einen Blumenhandel am Straßenrand. Auch eine Großplakatanschlagtafel, die nur geringfügig in den öffentlichen Verkehrsraum ragt, soll eine Sondernutzung sein (BVerwG Beschl.v.10.5.1996 NVwZ 1998, 1210).

137 OVG Berlin Urt.v.22.7.1994 LKV 1995, 256 zu Werbeanlagen im allgemeinen Wohngebiet.

138 BVerwG Urt.v.24.2.1978, GewArch 1978, 156,f beanstandet eine dementsprechende Differenzierung in einer Sondernutzungssatzung nicht. Diese hatte allerdings auch mehr als geringfügige Einwirkungen in den Straßenraum von der Entgeltspflicht ausgenommen, wenn es sich um Firmenbezeichnungen handelte.

Die Fremdwerbung wird als eigenständige Anlage zur Anlage, an der der Werbeträger befestigt ist, und als gewerbliche Hauptnutzung qualifiziert.¹³⁹

bb) Werbung im öffentlichen Raum oder an öffentlichen Sachen

Hier geht es nicht unmittelbar um Werbeträgerrecht, sondern um das Recht, Werbeträger (etwa Informationsstände) im öffentlichen Raum oder an öffentlichen Sachen (Befestigung von Wechselkästen an öffentlichen Gebäuden) zu errichten.

In einer frühen Entscheidung hat das BVerfG dazu Stellung genommen, inwieweit ein Kraftfahrzeug als Werbeträger fungieren und am Straßenverkehr teilnehmen darf. Ein (früher) grundsätzliches Verbot (siehe nun § 33 StVO) von Reklamefahrten, bei denen ein Kraftfahrzeug zu Fremdwerbungszwecken vermietet wurde, hat es unter Berufung auf Art. 12 GG als nicht erforderlich und jedenfalls nicht verhältnismäßig qualifiziert.¹⁴⁰

Soweit es um die Aufstellung von Informationsständen im öffentlichen Straßenraum geht, stellt sich das alte Problem der Notwendigkeit straßenrechtlicher Sondernutzungserlaubnisse für die Ausübung der Meinungsfreiheit der Bürger und bejahendenfalls des Anspruchs auf kostenfreie Erteilung dieser Erlaubnis.¹⁴¹ Die Straßengesetze unterfallen der Länderkompetenz und die Länder haben unterschiedliche Regelungen über die Notwendigkeit von Sondernutzungserlaubnissen getroffen. Bisher wird das Sondernutzungsrecht von einer strikten Unterscheidung von kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache geprägt. Nur die nicht-kommerzielle, und da insbesondere die parteiliche oder politische Sprache, hat einen (meinungs-)freiheitlichen Anspruch auf Ausübung des Ermessens und bei fehlenden Entgegenstehen öffentlicher Belange auf Erteilung der (kostenfreien) Genehmigung.¹⁴² Der kommerziellen Sprache wie auch der kommerziellen Ver-

139 So ist es Bestandteil des aus Art. 14 Abs.1 GG hergeleiteten Anliegergebrauchs - Kontakt nach außen - geringfügig in den Straßenraum ragende Werbeschilder mit Werbung für die auf dem Grundstück betriebenen Werbeschilder ohne Sondernutzungsgebühr anbringen zu dürfen; anders im Ergebnis OVG Berlin, Urt.v.6.9.1980, GewArch 1981, 88, das, wenn die Werbung aus werbepsychologischen Gründen auf einem Vordach angebracht werden soll, und deshalb in den Straßenraum hineinragt, eine Sondernutzung bejaht. Zurückhaltend noch BVerwGE 30, 235, 240, das für den Anspruch auf Entgeltfreiheit der Anbringung eines Zigarettenautomaten neben einem Milchgeschäft ein "Angewiesensein des Eigentümers" erwägt und eine nur wirtschaftlich sinnvolle Zuordnung nicht ausreichen lassen will. Siehe zum bauordnungsrechtlichen Verbot (Art. 107 BayBO) der Lichtwerbung in Innenstadtbereichen BVerwG Urt.v. 22.2.1980 NJW 1980, 2091 und J.M.Günther, Aktuelle Rechtsfragen bei neuartiger Lichtreklame, NVwZ 1995, 670.

140 BVerfG Urt.v.10.12.1975 NJW 1976, 559.

141 R.Steinberg, Meinungsfreiheit und Straßennutzung, NJW 1978, 1898 ff.

142 Anderer Meinung Ch.Enders, Die Sondernutzung im Straßenrecht zwischen Erlaubnispflicht und Freiheitsanspruch des Bürgers, VerwArch 92, 527, 559, der wenigstens bei Werbung, die den Verkehrsfluß nicht signifikant stört (Handzetteln) eine Gleichbehandlung fordert. Siehe auch der gescheiterte Versuch, politischer Werbung einer Sondernutzungserlaubnis mit dem Argument zu verweigern, sämtliche Werbungsrechte seien einem privaten Unternehmen zur ausschließlichen Nutzung übertragen BVerwG Urt.v.24.8.1994 NVwZ 1995, 129.

marktung wird demgegenüber ein solcher Anspruch grundsätzlich nicht zuerkannt.

cc) Werbung im Fernsehen

Ein weiteres Beispiel ist das Fernsehwerberecht, wo in der Literatur zwischen „instrumentaler“ und „medialer“ Werbung unterschieden wird.

(1) **Instrumentale Werbung.** Instrumentale Werbung ist nach der Literatur dadurch gekennzeichnet, daß

„das Medium privaten Interessenten gegen Zahlung eines Nutzungsentgelts Sendezeit in einem besonderen, deutlich gekennzeichnetem Werbeprogramm für Wirtschaftswerbung zur Verfügung stellt.“¹⁴³

Es handelt sich also um **Fremdwerbung**. Das Charakteristische des Fernsehwerberechts ist, daß die **Anteile** der Werbung an den Sendezeiten und ihre **Positionierung** im Rahmen des Programms für den privaten wie den öffentlichen Rundfunk detail festgelegt werden (Art. 14,15, 17 RfSt und Art. 44 - 46 RfSt). Der rechtliche Hintergrund ist die staatliche Finanzierungsverantwortung für den die Grundversorgung anbietenden öffentlichen „Rundfunk“ und die Wahrung der Verwirklichung privater Rundfunkveranstalterfreiheit durch Gewinnung von Werbeeinnahmen.¹⁴⁴

(2) **Mediale Werbung.** Unter „medialer Werbung“ wird die Werbung verstanden, die als (negative oder positive) Wirkung von Teilen des Programms inzident ausgeht. Es handelt sich also im Sinne der hier vertretenen Terminologie um ein Fremddarstellungsszenario (siehe I 3 c). Für die mediale Werbung gelten die Vorschriften über die Positionierung oder die täglicher Dauer der Werbezeiten¹⁴⁵ nicht.

(3) **Eigenwerbung.** Neben dieser Unterteilung zwischen instrumentaler und medialer Werbung gibt es aber auch Eigenwerbung, die die Rundfunkanstalten für eigene Beiträge durch **Programmorschauen, Werbung für weiterführende Begleitmaterialien oder Werbespots** im Stile von „Bei ARD und ZDF sitzen Sie in der ersten Reihe“ betreiben. Diese Formen der Eigenwerbung wurden zunächst der medialen Werbung zugerechnet, und sollten nicht unter die Definition und Bestimmungen für die instrumentale Werbung fallen.^{146 147}

143 M. Kühn, Neue Medien und Werbung, die Werberegulungen der Landesmediengesetze, ZUM 1986, S. 370, 373. Ring, Medienrecht, 51 ErgLfg., 1997, C-0.3 Rn.6 zur Beschränkung des rundfunkrechtlichen, nicht legal definierten Werbebegriffs auf die Wirtschaftswerbung.

144 Allgemein Th.Heidel, Verfassungsfragen der Finanzierung von Privatfunk durch Werbung, 1988.

145 Zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts bei den Vorschriften über die Dauer der Unterbrechungswerbung H.D.Jarass, Fernsehwerbung im deutschen und europäischen Recht, ZUM 1997, 769, 777 f.

146 Gemeinsame Richtlinie der Landesmedienanstalten für die Werbung zur Durchführung der Trennung von Werbung und Programm und für das Sponsoring im Fernsehen v. 26.1.1993, Abschnitt 15.

147 Das geht nicht nur soweit, daß das ZDF durch eine Insertblende (sich sonnende Frau auf deren Bauch nacheinander 3,2,1, in einem Kreis gemalt wird) tagsüber und abends auf die drei öffentlich-rechtlichen Programme verweist, sondern daß auch die Tagesthemen der ARD über eine neue ARD-Werbekampagne mit Plakatwerbung, die großformatig bestimmte Sendungen anpreist, "informieren" (Tagesschau, ARD, 11.8.1995, 20 Uhr 10).

Das hat sich durch die Novellierung der Fernsehrichtlinie¹⁴⁸ im Grundsatz, wenn auch vorläufig ohne ersichtliche gravierende Rechtsfolgen geändert. So fällt die Eigenwerbung zwar unter den Werbungsbegriff (Art. 1 lit c FsRI)); die Anforderungen an die *Positionierung- und Dauer* (Art. für instrumentale Werbung gelten für sie aber bisher nicht¹⁴⁹ - jedenfalls wenn für Begleitmaterialien geworben wird, die unmittelbar auf die betreffenden Programme zurückgehen und die interaktive Nutzung unmittelbar fördern (Begründungserwägung Abs. 35 i.V.m. Art. 18 Abs. 3 FsRI). Die Normgeber der Fernsehrichtlinie kündigen hier in den Begründungserwägungen (Abs. 39) weitere Überlegungen an:

„Es muß daraufhingewiesen werden, daß es sich bei Eigenwerbung um eine besondere Form der Werbung handelt, bei der der Veranstalter seine eigenen Produkte, Dienstleistungen, Programme oder Sender vertreibt. Insbesondere Trailer, die aus Programmauszügen bestehen, gelten jedoch als Programm. Die Eigenwerbung ist eine neuartige und noch relativ unbekannte Erscheinung, und die sie betreffenden Vorschriften sind daher möglicherweise bei künftigen Prüfungen dieser Richtlinie besonders überprüfungsbedürftig.“

d) *Betätigungs- und eigentumsfreiheitlicher Schutz statt Meinungsfreiheit für die Werbung*

Im Gebiet des Werbeträgerrechts sind die Umgestaltungen, die bei einem meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung erfolgen müßten, am größten. Diese These soll anhand der unterschiedlichen Modellvorstellungen des Bau- und des Straßenrechts verdeutlicht werden. Grundsätzlich ist zwischen baurechtlicher Anlagengenehmigung¹⁵⁰ und straßenrechtlicher Sondernutzung zu unterscheiden.

aa) Baurechtliche Werbeanlagengenehmigungen

Bisher gilt hier für die *kommerzielle und die nicht-kommerzielle Sprache*, daß das *Grundrecht am Werbeträger das Grundrecht, das durch das Werbemittel verwirklicht werden soll, verdrängt*. Grundsätzlich¹⁵¹ beruht der Anspruch auf die baurechtliche Werbe-Anlagengenehmigung auf Art. 14 GG und setzt so das Eigentum an der Anlage, an der die Werbeanlage angebracht wird, oder am Grund-

148 Im Rundfunkstaatsvertrag findet sich keine parallele Bestimmung; Ring, Medienrecht, 2.Bd., 51.Elfg., 1997, C-0.3 Rn.10 mit dem Hinweis, die allgemeinen Grundsätze des Programms wie Sachlichkeit würden gelten.

149 Art. 18 Abs. 3 FsRI ("Fernsehrichtlinie v. 30.6.1997 AB1 Nr. L 202/60); Begründungserwägung Abs. 34 f.

150 Die die Einhaltung des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts voraussetzt.

151 Wenn das Eigentum an der baulichen Anlage oder am Grundstück nicht besteht, kommt es darauf an, ob die Landesbauordnung entsprechende Anträge auch unter Vorlage von Mietverträgen oder nur durch den Eigentümer des Grundstücks und/oder der Anlage akzeptiert. Es ist dann eine Frage, inwieweit ein Mietrecht den Schutz des Art. 14 GG genießt und insoweit ein Anspruch auf Bescheidung entsteht, oder auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Plakatunternehmens (Art. 12 GG) oder nur auf die Rechte des Anlagen- oder Grundstückseigentümers (Art. 14 GG) abgestellt werden muß. Diese Unterschiedlichkeit der einschlägigen Grundrechtspositionen ergibt sich nicht daraus, daß die einfachgesetzlichen Bauordnungen über die Grundrechtsberechtigung entscheiden, sondern darauf, daß es nach Art. 12 GG nicht zu beanstanden ist, daß ein Antrag für eine Werbeanlage nur durch den Eigentümer gestellt werden kann.

stück, auf dem gebaut wird, voraus. Einen Anspruch auf Genehmigung von Werbeanlagen als Voraussetzung der Verwirklichung der Meinungsfreiheit oder der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) kennt das Baurecht bisher nicht.

bb) Straßenrechtliche Sondernutzungen

Anders ist die Rechtslage bei der (vorübergehenden) Beanspruchung öffentlichen (Straßen-)Raums. Der Grundsatz ist, daß zum straßenrechtlichen Gemeingebrauch auch der kommunikative Gemeingebrauch gehört. Die Einzelheiten, wann aus dem Gemeingebrauch eine Sondernutzung wird - etwa bei der Handzettelverteilung die mit einem besonders effektiven Ansprechen der Passanten verbunden wird¹⁵² - sind genauso umstritten wie dogmatisch schwer zu lösen. Es kommt auf die konkrete Verkehrssituation an, wann etwa durch eine Verteilung von Handzetteln eine Behinderung des fließenden und ruhenden Verkehrs (Fußgänger, die sich ausruhen wollen) eintritt. Unbestritten ist, daß die Errichtung fester Hindernisse (Informationsstand) immer zu einer Sondernutzung führt.¹⁵³ Für die Zweifelsfälle gilt: Die Meinungs- und Kunstfreiheit des Art. 5 GG - und nicht etwa das Eigentum an Handzetteln, die verteilt, oder an Informationsständen, die aufgestellt werden sollen (Art. 14 GG) - begründet entweder die Entscheidung, daß es sich um Gemeingebrauch handelt oder den grundsätzlichen¹⁵⁴ Genehmigungsanspruch der Sondernutzung,¹⁵⁵ und letzteren grundsätzlich entweder *ohne* daß Gebühren oder *gegebenenfalls geringere* Gebühren im Vergleich zur kommerziellen Sprache, die als gewerbliche Nutzung von Art. 12 GG geschützt wird, verlangt werden können. *Hier reicht also der Einfluß der Meinungsfreiheit, der sich durch die Bezugnahme auf das konkrete Werbemittel und/oder den Werbeinhalt ergibt, über den konkreten Werbeträger hinaus.* Das Grundrechtsregime des Werbemittels *und* Werbeinhalts entscheidet, nicht das des Werbeträgers. In einer kommunikationsstrategischen wie juristischen Betrachtung ist das sinnvoll, weil die Kommunikationsfunktion der öffentlichen Straßen und Plätze zentral für die Effektivierung der Teilnahme am Meinungsbildungsprozeß ist - nicht aber vorrangig die Art des benutzten Werbeträgers (eigener Informationsstand, Handzettel).¹⁵⁶

152 M.Sauthoff, Die Entwicklung des Straßenrechts seit 1993, NVWZ 1998, 239, 245 f m.w.N

153 Allgemein K.Kodal/H.Krämer, Straßenrecht, 5.Aufl., 1995, 598-602.

154 Soweit nicht im Einzelfall die Örtlichkeit oder das Verhalten (aggressives Werben) so gewählt ist, daß eine Beeinträchtigung des (Fußgänger)Verkehrs zu bejahren ist.

155 Nach Meinung von BVerwGE 84, 71, 75 f "Silhouettenschneiden" handelt es sich bei der Abgrenzung von Gemeingebrauch zur (grundsätzlich genehmigungspflichtigen) Sondernutzung nicht um eine Frage, die Art. 5 Abs. 3 GG entscheidet, sondern um eine Frage des Landesrechts und der konkreten Umstände. Das BVerwG sieht die präventive Prüfung durch das Erlaubnisverfahren auch als Schutz des grundrechtsberechtigten Sondernutzers.

156 Ein Argument, das man gegen diese Parallele von Straßen- und Baurecht erheben könnte, ist die unterschiedliche Konkretisierung der Werbung. Im Straßenrecht ist grundsätzlich vor Beantragung der Erlaubnis eindeutig, wofür geworben werden soll. Wer dagegen einen Werbungskasten an einer Hauswand anbringen will, bezieht sich noch nicht auf eine konkrete Werbung. Dieses Argument überzeugt nicht, wenn man - wie der BGH seit Fall I "Öl-

Demgegenüber schützt die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit den Anspruch auf Ausübung des Ermessens über die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis (§ 40 VwVfG) bei kommerzieller Sprache. Diese Differenzierung ist auch sachgerecht, weil es um die Beurteilung eines Teilhabe- und nicht nur eines Abwehrrechts geht. Die Meinungsfreiheit muß hier wegen der Bedeutung des öffentlichen Raums für die Effektivierung dieser Grundrechtsausübung zuvorkommender bei der Genehmigungsfreiheit wie bei der Entscheidung über die Sondernutzung wie bei der Bemessung der Gebühren behandelt werden und bei der Konkurrenz mit kommerzieller Sprache Priorität genießen. Andernfalls bestünde die Gefahr, daß eine effektive Form der Ausübung der Meinungsfreiheit durch das Ansprechen von Passanten und die Verteilung von Handzetteln wie der Errichtung von Informationsständen unzumutbar erschwert würde. Die kommerzielle Sprache kann hier eher auf die sonst zur Verfügung stehenden Werbemittel und Werbeträger verwiesen werden.

Wenn man auch die kommerzielle Sprache meinungsfreiheitlich schützt, dann stellt man die Differenzierung beider Sprachformen¹⁵⁷ bei der Teilnahme am Meinungsbildungsprozeß im „öffentlichen“ Raum in Frage. Mit welcher Berechtigung erschwert man dann noch den Zugang der kommerziellen Sprache zum Rezipienten gegenüber der nicht-kommerziellen Sprache¹⁵⁸? Das Argument daß der kommerzielle Kommunikator größere finanzielle Ressourcen hat, ist sicher ein meinungsfreiheitliches intolerabile. Das gälte auch für das Argument, daß kommerzielle Sprache *gewinnversprechender* ist. Auch ist durchaus vorstellbar, daß die Qualität von kommerzieller Sprache von nicht-kommerzieller Sprache unterschritten wird. Eine grundsätzliche Bewertung als „Sprache geringeren Werts“ überzeugt deshalb nicht.¹⁵⁹ Die Folge wäre grundsätzlich eine Gleichbehandlung von kommerzieller - und nicht-kommerzieller Sprache - eine Konsequenz, die in der straßenrechtlichen Literatur in dieser Grundsätzlichkeit nur dann bejaht wird, wenn eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs anderer und der Rezipienten unterbleibt.¹⁶⁰

Das BVerfG hat in einem Kammerbeschuß¹⁶¹ für die *Handzettelwerbung* von Scientology einen Anspruch auf zulassungsfreie Sondernutzung oder Duldung

verschmutzte Ente" - Werbung meinungsfreiheitlich schützt und deswegen sicher ist, daß diese genehmigungsbedürftige Anlage der Verbreitung von Meinungen dient.

157 Es geht hier um Werbung; die Eröffnung eines Straßencafes ist als *Absatztätigkeit* nicht vergleichbar.

158 Siehe die unter den OLGs und OVGs umstrittene Frage, inwieweit nur auf das *äußere Erscheinungsbild*, und nicht auf die *Motivation* derjenigen, die den kommunikativen Gemeingebrauch behaupten, abgestellt werden kann M.Sauthoff, Die Entwicklung des Straßenrechts seit 1993, NVWZ 1998, 239, 245 f m.w.N.

159 Siehe dazu im 4.Kapitel die Folgen der Entscheidung "Cincinnati v.Discovery Networks".

160 Ch.Enders, Die Sondernutzung im Straßenrecht zwischen Erlaubnispflicht und Freiheitsanspruch des Bürgers, VerwArch 92. 527, 559.

161 BVerfG Kammerbeschl.v.18.10.1991 NVwZ 1992, 53 f.

einer nicht genehmigten Sondernutzung bejaht. Es ist schon zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung aufrechterhalten bleiben kann, wenn sehr viele Werbende davon Gebrauch machen würden. Sobald ein festes Hindernis - wie ein Informationsstand errichtet wird - bleibt es indes bei der unterschiedlichen Behandlung von nicht-kommerzieller Sprache und Gewerbeausübung bei der Entscheidung über die Sondernutzung und über die zu entrichtenden Gebühren.¹⁶²

4. Anknüpfungspunkt: Werbeinhalt

Werbeinhaltsregelungen setzen voraus, daß der Kommunikationsvorgang als solcher erkennbar - also supraliminal - ist.

Subliminale (unterschwellige) Werbung, bei der der Rezipient kein Bewußtsein darüber hat oder haben kann, daß er Werbung rezipiert

¹⁶³, fällt deshalb nicht in den Bereich eines Werbeinhaltsrechts, das Supraliminalität voraussetzt. In Ermangelung anderer und näherer Zuordnungskriterien wird die subliminale Werbung hier als „Vorstufe“ zum Werbeinhaltsrecht beurteilt.

a) Subliminale Werbung

aa) Subliminale Werbung und das Problem des Nachweises der Wirkung

Subliminale Werbung ist vor allem ein „Problem“¹⁶⁴ der medialen Werbeträger in Film und Funk.

Ein - vielleicht nur vermeintlich empirisch¹⁶⁵- belegter Beispielfall¹⁶⁶ war das Zwischenblenden der Botschaften „Eat Popcorn“ und „Drink Coca-Cola“¹⁶⁷ für eine dreitausendstel Sekunde zwischen den „laufenden Bildern“ eines Spielfilms im Jahre 1957¹⁶⁸. Der Umsatz der entsprechenden Produkte sei in diesem Kino - so wurde behauptet - beträchtlich gestiegen.

162 Zu der Möglichkeit der Berücksichtigung wirtschaftlicher Vorteile bei der Gebührenbemessung vgl. § 11 Abs. 6 S. 2 BerlStrG.

163 Allgemein zu Rezeptionsmodellen und -schränken W.Pepels, Werbeeffizienzmessung, 1995, S.1-90.

164 A.R.Pratkanis, Subliminale Werbung, in: Gero von Randow (Hrsg.), Mein paranormales Fahrrad und andere Anlässe zur Skepsis, entdeckt im "Skeptical Inquirer", 1994, S.47, 54 berichtet von einer Gilbey-Gin-Anzeige, die in den Eiswürfeln angeblich das Wort "Sex" enthielt.

165 G. Schweiger/G. Schrattecker, Werbung, 1988, S. 69. Demgegenüber berichtet A. R.Pratkanis, a.a.O., 1994, S. 47, f, daß der Urheber der Studie 1962 behauptete, der Originalversuch sei eine reine Erfindung gewesen, um für ein kränkliches Marketingunternehmen Kunden zu gewinnen.

166 Zu öffentlicher subliminaler Werbung - 3000maliges, unterschwelliges Einblenden eines nur schemenhaften Profils von F.Mitterand, F.Schürmann, Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, 1992, S. 311 Fn. 495 und M.Bullinger, Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, Handbuch des Staatsrechts, 1989, 6. Band, § 142 Rn. 133 ff, der für den Bereich der "öffentlichen Werbung" eine Regelungslücke andeutet. Weitere Beispiele subliminaler Werbung bei J.Fenchel, Negative Informationsfreiheit, 1997, 148-152.

167 Theoretisch ist auch Unternehmenswerbung vorstellbar.

168 Subliminale Werbung unterscheidet sich vom Product Placement dadurch, das bei letzterem das in Szene gesetzte Produkt erkannt wird, während bei subliminaler Werbung die zwi-

In den Kommunikationswissenschaften wie auch in der Psychologie ist umstritten, inwieweit (subliminale) Werbung tatsächlich Erfolg hat. Nachfolgestudien weisen zum einen darauf hin, daß die Konsumenten sich nicht beeinflussen ließen oder aus ganz anderen Gründen zu Pop-Corn oder Coca-Cola griffen; etwa weil sie erkannt hatten, worauf die Studie hinauswollte und sie deren Erfolg nicht gefährden wollten, obwohl sie weder spezifischen Hunger noch Durst hatten. Ganz grundsätzlich wird das Fehlen zuverlässiger Gegenproben gerügt.¹⁶⁹

Die Methodenkritik mündet dabei in ihrer schärfsten Form im Vorwurf, hier werde in der Wissenschaft ein aus der Südsee bekannter „*Cargokult*“ betrieben. Der Hintergrund des „Cargokult-Arguments“ ist vorgeblich historisch. Im Krieg mit Japan landeten amerikanische Frachtflugzeuge auf diesen Inseln, um zwischenzutanken. Die „Eingeborenen“ sahen diese Frachtflugzeuge (cargo) landen, die die einheimische Bevölkerung mit attraktiven Gütern versorgten. Der Krieg war beendet, die Flugzeuge blieben aus. Damit die Flugzeuge wieder landen, baut die Bevölkerung Landebahnen, hölzerne Towerhäuschen, entzündet Leuchfeuer und besetzt die Towerhäuschen mit „Lotsen“, die vor einem hölzernen, antennenartigen Gerät sitzen. Hier wird zwar anscheinend wissenschaftliche Methodik angewandt, die nur ihren Zweck verfehlt, weil die Flugzeuge nicht landen. Gemeinsam mit den Südseebewohnern entbehrten die bisherigen Untersuchungen zur subliminalen Werbung der Fähigkeit zur kritischen Methodenreflexion.¹⁷⁰

Diese pauschale Kritik wird differenzierten, aber vor allem aus jüngerer Zeit stammenden Werbewirkungs- und messungsmodellen¹⁷¹ nicht gerecht. Das Problem, wie Werbung in ihrer Wirkung gemessen wird, ist aber ein allgemeines.

Das „Cargo-Beispiel“ verdeutlicht die Problematik der Werbewirkungsforschung, wenn Werbung geschaltet und gleichzeitig das Produkt gut abgesetzt wird.¹⁷² In der Südsee könnten auch heute Flugzeuge auf diesen Landebahnen landen, ohne daß die Unterstützung der Einwohner kausal für solche Landungen ist. Genauso könnte ein Produkt abgesetzt werden, ohne daß die (subliminale) Werbung signifikant kausal ist.

schengeblendeten Bilder nicht "bewußt" verarbeitet werden. Zur getarnten Werbung unter II.

169 E.Heller, *Wie Werbung wirkt, Theorien und Tatsachen*, 1993 (1984), S.17, ff (31). So wird jeweils von der Einblendung von Bier und Cola in Kinofilmen berichtet, die bei den Testpersonen zu einem erhöhten Konsum von jeweils nicht subliminal eingeführten Getränk führten. Auch Wiederholungen der subliminalen Teststudien führten zu unterschiedlichen Ergebnissen.

170 A.R.Pratkanis, 1994, 47, 52. Offen und Skepsis wiedergebend Ring, *Medienrecht*, 51 ErgLfg., 1997, C-0.3Rn. 31 ff.

171 J.Packard, *Die geheimen Verführer*, 1987, S. 58 ff. W.Pepels, *Werbeeffizienzmessung*, 1995, der Verfahren der Werbeerfolgskontrolle vorstellt, aber auf S. 188-195 die allgemeinen Probleme der Werbeerfolgs- und -effizienzmessung schildert, wie die Voreingenommenheit der Marktforscher, die Auswahl zu kleiner (weil weniger teurer) Testgruppen, der fehlenden Kausalität der konkreten Werbung für den konkreten Absatzerfolg, weil die Qualität des Produkts oder die Mund-zu-Mund-Propaganda ursächlich sind usw. ;U.Gleich, *Kognitive und emotionale Verarbeitung von Werbung*, MP 1995, 290.

172 Die Überzeugung eines Unternehmens spielt hier eine große Rolle; vergleiche etwa "Bitburger erhöht Absatz durch Werbung (FAZ v.20.7.1998, S. 22), wo die Brauerei die Werbung als kausal einschätzt. Siehe auch allgemein zur Konkurrenz um die Anteile an der Effizienzbehauptung, die von den jeweiligen Marketingpolitiken gelten gemacht werden kann, S.Reinecke/Th.Tomczak/S.Dittrich, *Marketingcontrolling*, 1998.

bb) Rundfunk- und fernseherechtliche Verbote der subliminalen Werbung

Es ist also bei nüchterner Betrachtung nicht ausgeschlossen, daß die Untersagung von subliminaler Werbung genauso wirkungslos wie diese Werbung selbst ist. Das Rundfunk- und Fernsehrecht hat sich für ein Verbot entschieden (§ 7 Abs.3 S.3 RfSt, Art. 10 Abs.3 FSRl und § 13 Abs.2 FSÜ):

„In der Werbung dürfen keine unterschwellig Techniken eingesetzt werden.“

Das Sanktionsinstrument ist wiederum auch¹⁷³ das UWG; die nach § 13 UWG Aktivlegitimierten könnten unter Hinweis auf die Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages die Sittenwidrigkeit begründen und Unterlassungsansprüche geltend machen. Der verletzte, einzelne Rezipient ist nach dem UWG nicht prozeßführungsbefugt.

cc) § 1 UWG und §§ 823, 1004 BGB als Grundlage von Unterlassungsansprüchen

Für die subliminale Werbung im Kino - für die ein Verbot subliminaler Werbung spezialgesetzlich nicht verankert ist - und für die Unterlassungsansprüche des verletzten Rezipienten selbst, stellt sich die Frage nach weiteren Begründungen für die Unzulässigkeit dieser Werbeform. Die Unsicherheit über das Beeinflussungspotential dieser Werbeform führt zu unterschiedlichen Argumentationsstrukturen.

(1) Faktisch unterstellte Wirksamkeit von subliminaler Werbung. Die

Voraussetzung dieses Szenarios ist, daß subliminale Werbung grundsätzlich - wenn auch vielleicht nicht im Einzelfall (lokalitäts-, produkt-, rezipienten- und zeitabhängig)¹⁷⁴ - wirksam sein kann. Dann entspricht es der Verpflichtung des Staates zum Schutz der Menschenwürde, den einzelnen vor Fremdbestimmung durch Private, vor psychischer Gewalt, die ihn zum Objekt degradiert, zu schützen (Art. 1 Abs.1 S.2 GG). Dieser Schutz kann bei der Kinowerbung nach § 1 UWG erfolgen, der als „Generalklausel“ den Schutz vor Verletzungen der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mitumfaßt.¹⁷⁵ Der verletzte Rezipient selbst kann aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs.1 i.V.m.Art. 2 Abs.1 GG) nach § 823 Abs.1, 1004 Abs.1 BGB Unterlassung verlangen (siehe im 7. Kapitel). Ein Literaturansatz nimmt (nur) einen Verstoß gegen die negative Informationsfreiheit

173 Neben dem rundfunkrechtlichen Möglichkeiten, wie der Beschwerde an die Aufsichtsgremien nach den Landesmediengesetzen (wie Art 17 BayMG), die Weiterverfolgung nicht abgeholfter Beschwerden durch die Rechtsaufsicht (§ 20 RfSt) und bei Verletzung der Vorschriften über die Trennung von Werbung und Programm (§ 7 Abs. 3 S.2 RfSt) und die unterlassene Kennzeichnung einer Dauerwerbesendung (§ 7 Abs. 4 S.2 RfSt) die Verhängung von Bußgelder wegen des Vorliegens von Ordnungswidrigkeiten (§ 49 Abs. 1 Nr. 11, 12 RfSt). Einen Überblick bietet Ring, Medienrecht, 51 ErgLfg., 1997, C-0.3Rn. 90-97.

174 Was dann der Werbende zu seiner Entlastung vortragen müßte.

175 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., § 1 Rn. 193.

des Art. 5 Abs.1 S.1 GG an, und stützt den Unterlassungsanspruch wiederum auf § 1 UWG i.v.m. Art. 5 Abs. 1 S.1 GG i.V.m. § 13 Abs. 1 UWG.¹⁷⁶ Das Ergebnis ist bei dieser Tatsachengrundlage eindeutig: es existieren sowohl wettbewerbs- als auch zivilrechtliche Unterlassungsansprüche.

(2) **Faktisch unterstellte Unwirksamkeit von subliminaler Werbung.** Wenn subliminale Werbung wirkungslos ist, soll ihr nach einer Literaturmeinung die Schutzwürdigkeit¹⁷⁷ fehlen. Das Verdikt der fehlenden Schutzwürdigkeit hängt aber davon ab, ob die Schutzwürdigkeit einer Werbeform anhand von Art. 12, Art. 2 Abs. 1 oder Art. 5 Abs. 1 GG zu beurteilen ist.

(a) **Schutz subliminaler Werbung nach Art. 12 GG.** Über die Geeignetheit eines kommunikationspolitischen Absatzinstruments hat ein Gericht grundsätzlich nicht zu befinden. Jeder Mitbewerber kann sich so betätigen, wie er es für aussichtsreich hält. Selbst wenn man Art. 12 GG nur auf solche Betätigungen erstreckt, die die Chance einer Eignung für die Teilnahme am Wettbewerb bieten, bleibt die Einschlägigkeit des Auffanggrundrechts in Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁷⁸

(b) **Schutz subliminaler Werbung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.** Hier könnte man bereits an der Eröffnung des Schutzbereichs zweifeln, weil es nicht um die Überführung einer Meinung oder Tatsachenbehauptung in einen Prozeß der öffentlichen Meinung geht, sondern um einen kommunikationspsychologischen Kurzschluß. Art. 5 Abs. 1 S.1 1.Alt. GG schützt aber nicht nur die Teilnahme am öffentlichen Meinungsbildungsprozeß, sondern auch intime Gespräche. Falls die subliminale Werbung unfähig ist, Inhalte zu kommunizieren, fehlt es an der Äußerung, die die Meinungsfreiheit wie die Informationsfreiheit die Möglichkeit der Rezeption voraussetzt.

(c) **Subliminale Werbung als Verstoß gegen den Leistungswettbewerb.** Das Recht auf subliminale Werbung ist allenfalls als Ausdruck allgemeiner Handlungsfreiheit geschützt. Das Bestreben des Wettbewerbsrechts, grundsätzlich nur geeignete Beiträge zum Wettbewerb zuzulassen (§ 1 UWG „leistungsgerechter Wettbewerb“), ist Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung des Art. 2 Abs.1 GG. Wenn subliminale Werbung keine Wirksamkeit hat, dann verteuert sie nur das Produkt. Sie verstößt so gegen einen „leistungsgerechten Wettbewerb“.

(3) **Unsicherheit über die Wirksamkeit subliminaler Werbung.** Hier handelt es sich um das realitätsnahe Szenario.

(a) **Schutz subliminaler Werbung nach Art. 12 GG.** Der Schutz von subliminaler Werbung nach Art. 12 GG kann demzufolge nicht abgelehnt werden, weil genausowenig wie die Wirksamkeit die Unwirksamkeit der subliminalen Werbung nachgewiesen werden kann. Es handelt sich um eine Berufsausübungsregelung. Es handelt sich wiederum um einen Verstoß gegen den Schutz des Leistungswettbewerbs nach § 1 UWG, weil das

176 J.Fenchel, Negative Informationsfreiheit, 1997, 148-152.

177 R. Sack, Neue Werbeformen im Fernsehen - Rundfunk und wettbewerbliche Grenzen, AfP 1991, S. 704, 714.

178 BVerfGE 80, 137, 164 ff "Reiten im Walde".

Wirkungspotential von subliminaler Werbung einen Gefahrenlage für das Prinzip der Leistung bei der Teilnahme am Wettbewerb darstellt (§ 1 UWG). Der in seiner Entschließungsfreiheit gefährdete Rezipient kann seine Rolle als Nachfrager, der die marktgerechten Angebote selektiert, nicht mehr effektiv nachkommen.

Der zweite Allgemeinwohlbelang ist die Vorbeugung einer Gefährdung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S.2 GG) und der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Handlungen des Rezipienten nicht mehr autonom sind. Der Staat kann das Individuum kaum freier machen als es ist; es kann es aber vor der begründeten Gefahr werbestrategischer, psychologischer Manipulation schützen.

- (b) Schutz *subliminaler Werbung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG*. Es ist bei dieser Tatsachengrundlage nicht ausgeschlossen, daß ein Kommunikationsvorgang stattfinden kann. Es gibt dann zwei Argumentationsstränge. Zum einen könnte man - wie die hier vertretene Ansicht - argumentieren, daß die Einbindung auch der subliminalen Werbung in die Kommunikationspolitik und das Marketing-Mix eine ganzheitliche Prüfung anhand von Art. 12 Abs. 1 GG verlangt; zum anderen könnte man Kommunikationsmittel, die *nur* zur Manipulation geeignet sind, den meinungs- und informationsfreiheitlichen Schutz des Art. 5 GG versagen. Die Parallele, die sich hier anbietet, ist der Ausschluß von bewußt unwahren Tatsachenbehauptungen aus dem meinungsfreiheitlichen Schutzbereich. Auch in diesen Fällen¹⁷⁹ wird ein Äußerungsinteresse des „Kommunikators“ nicht anerkannt, weil die Informationsinteressen des Rezipienten gefährdet bzw. verletzt werden.¹⁸⁰ Selbst wenn man sich dieser Meinung nicht anschließt, ist ein Verbot subliminaler Werbung ein allgemeines Gesetz (Art. 5 Abs. 2 GG). Es handelt sich nicht um Sonderrecht,¹⁸¹ das sich gegen einen bestimmten Meinungsinhalt wendet, sondern gegen die Form der Kommunikationsübermittlung. Und das Rechtsgut, das mindestens gleichwertigen Rang wie die Meinungsfreiheit hat, und durch die Beschränkung geschützt werden soll, ist die Freiheit des Rezipienten. Vor der Kraft von Argumenten kann er nicht geschützt werden; wohl aber vor der Gefahren¹⁸² von Strategien der technisch-psychologischer Manipulation. Demgegenüber könnte man entgegenen, daß Art. 5 GG nicht vor der Kraft der Überzeugung oder Überredung der Sprache schützt. Dagegen müßte man einwenden, daß es hier nicht um den Schutz vor Sprache geht, sondern um den Schutz vor dem Nichterkennen von Sprache.

dd) Subliminale und suggestive Werbung

„Subliminale Werbung“ umfaßt definitiv nicht die *unterschweligen Wirkungen* von Werbung¹⁸³ - beispielsweise die Erinnerungswerbung.

179 7.Kapitel

180 Seine Zeit, Aufnahme- und Verarbeitungskapazität wird in dem Wissen beansprucht, daß ein Vorteil für den Rezipienten nicht entstehen kann. Hier handelt es sich um den komplementären Fall: die Aufnahme- und Verarbeitungskapazität wird in einer Weise beansprucht, die ein für den Rezipienten günstiges Ergebnis grundsätzlich ausschließt.

181 7.Kapitel

182 F.Henning-Bodewig, Die Tarnung von Werbung, GRUR Int. 1991, 858 f will bereits das Risiko für einen Verstoß gegen Art.1 und 2 GG ausreichen lassen. So auch I. Scherer, Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung, 1996, S. 210 f.

183 BVerwG Urt.v.27.1.1959 NJW 1959, 1194 f "König Pilsener".

Ein altes und altertümlich anmutendes Rechtsprechungsbeispiel ist der „König-Pilsener“ Fall, der die Anbringung einer Leuchtschrift mit den Angaben „König-Pilsener“ an einer Eisenbahnbrücke zum Gegenstand hatte. In den Gründen des erstinstanzlichen Urteils¹⁸⁴ wurde der Beworbene zum „willenlosen Objekt“, weil diese informationsarme Werbung sich an das *Unterbewußtsein* (Art.1 Abs.1 GG) und nicht die Entscheidungskraft des Beworbenen wende.¹⁸⁵ Das BVerwG sieht in der Erinnerungswerbung keine Mißachtung der Menschenwürde, weil die Beworbenen die Werbemethode erkennen können und dementsprechend ihr Verhalten einrichten können. Dieser Unterschied zwischen subliminaler Werbung und supraliminaler Erinnerungswerbung ist tragfähig. Er verdeutlicht aber auch die werbeideologische Nähe beider Werbungen.

b) *Suggestive Werbung*

aa) Begriff

Supraliminale Werbung kann entweder *suggestiven* und/oder *informativen* Charakter haben. Als suggestive *Werbung* gelten

„kommunikationspolitische Maßnahmen, die sich nicht an rationale Bereiche der Verbraucherpersönlichkeit wenden. Kennzeichnend ist die Verknüpfung von Bild und Text, wobei *Imagestrategien* (ich-fremde Persönlichkeitsanteile sollen sich durchsetzen) und *Motivstrategien* (im Motivkonflikt sollen sich wiederum die ich-fremden Motive durchsetzen) unterschieden werden.“¹⁸⁶

Klassisches Beispiel für die Imagestrategie ist die Zigarettenwerbung mit ihren Marlboro Cowboys, der Camel Trophy (einer besonderen Erlebnis Rallye) oder den West-Typen.¹⁸⁷ Die Vorteile des Produkts werden nicht informativ beschrieben, sondern mit dem Image der Schönheit oder Besonderheit der Menschen und der Landschaft versehen, von denen der Raucher selbst in aller Regel weit entfernt ist. Der Informations“wert“ dieser Spots und Anzeigen beschränkt sich auf die Kenntnis, daß es West, Camel und Marlboro Zigaretten gibt. Es ist zumindest überlegenswert, ob dieser Informations“wert“ nicht durch das Desinformationspotential der Behauptung oder des Wunsches, daß Raucher schöne (West), körperlich tüchtige (Marlboro, Camel) oder zumindest besondere (West) Menschen sind, aufgehoben wird. Der BGH erlaubt - unter Berufung auf § 1 UWG - diese Anzeigen in Jugendzeitschriften nicht mehr.¹⁸⁸

Ein Beispiel für eine Motivstrategie ist der alte Lenor-Werbespot, der das gute Gewissen der Mutter suggeriert, wenn sie diesen Weichspüler für die Wäsche verwendet. *Nur* die Mutter ist eine gute Mutter, die einen Weichspüler verwendet. Wenn Sie also eine gute Mutter sind (ich-eigenes Motiv) dann müssen Sie zu Lenor greifen (ich-fremdes Motiv).

184 Zitiert nach BVerwG a.a.O.

185 Ausführungen, die zu § 1 BaugestaltVO vom 10.11.1936 (RGBl.1936 I S.938) erfolgten, der verlangte, daß bauliche Anlagen Ausdruck anständiger Baugesinnung sein müssen. Zur werberechtlichen Bedeutung der Entscheidung siehe auch H.Schneider, Die Außenwerbung in der Neuordnung des Baurechts, BB 1960, S. 194 .

186 C.Baudenbacher, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, 1978, S. 88 f, der sich auf "Marketing-Maßnahmen" bezieht..

187 Siehe auch den Bericht "Rettet Marlboro Country!" Die Zeit Nr. 28., 1998, S. 64 zu einer Vorführung von 24 Tabakwerbefilmen, bei denen der informative Charakter fehlte.

188 BGH NJW 1994, 730 f.

Einigkeit besteht - außerhalb der werbetreibenden und werbeabhängigen Wirtschaft¹⁸⁹ - zunächst darüber, daß suggestive Werbung *die* Werbungsform ist, die aus volkswirtschaftlichen wie Verbraucherschutzgründen skeptisch zu beurteilen ist. Es besteht die Gefahr der Desinformation der Konsumenten¹⁹⁰, der Erhöhung der Preise von Produkten und damit der Verminderung ihrer Verfügbarkeit¹⁹¹ sowie die Befürchtung der Abschottung von Märkten gegenüber neuen Mitbewerbern durch die Schranke hoher Werbebudgets, die vor allem oligopolistisch organisierte Branchen auszeichnen.¹⁹²

Einen Überblick über die werbestärksten Branchen gibt die Übersicht.¹⁹³ Die Spitzenreiter auf den Positionen 1, 3,4 und 5 (Autos, Handel, Pharmazie und Schokolade) zeichnen sich auch durch einen hohen Konzentrationsgrad aus, der gerade in jüngerer Zeit zu vielen Fusionen und Übernahmen geführt hat.¹⁹⁴

Die *Befürworter* suggestiver Werbung verweisen auf den Befriedigungserfolg von Werbung, die es vor allem dem Käufer von Luxus-Konsumgütern (im Gegensatz zu Investitionsgütern) erlaube, sich mit dem Produkt zu identifizieren und von dessen werblich errichtetem Image zu profitieren.¹⁹⁵

Nach hier vertretener Ansicht ist das volkswirtschaftliche Problem der suggestiven Werbung grundsätzlich unlösbar. Wer will entscheiden, inwieweit eine Werbung kostenerhöhend ist oder der Hersteller durch die Werbung die Nachfrage erhöht und so seine Produktionsanlagen und Vertriebswege besser ausnutzen kann (economies of scale) - mit der Folge von zumindest nicht durch die Werbung erhöhten Abgabepreisen. Zudem erreicht das Werbebudget in den einzelnen Branchen unterschiedliche Höhen, und beeinflusst deshalb die Abgabepreise der Produkte in unterschiedlichen Prozentteilen. Selbst wenn man die Auswirkungen suggestiver Werbung auf den Abgabepreis¹⁹⁶ *statisch* erfassen könnte,¹⁹⁷ wäre ein

189 Siehe etwa P.Tettinger, EG-rechtliche Verbote von Werbung und Sponsoring bei Tabakerzeugnissen und deutsches Verfassungsrecht, 1998, 110-117 der ohne auf das Problem der suggestiven Werbeinhalte einzugehen, einen Verstoß gegen die Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 2.Alt. GG) annimmt.

190 P. Brückner, Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung, 1967, S. 22, 36 f. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das informationelle Interesse des Verbrauchers sich nicht nur auf objektive Eigenschaften des Produkts, sondern auf die emotionale Zufriedenheit, die er als Besitzer eines Produkts mit einem bestimmten, werblich erzeugten Image hat, erstreckt

191 Im Fall der Tabakwerbung handelt es sich nur dann um ein Argument, wenn der Staat statt der Werbeausgaben höhere Tabaksteuern erheben könnte.

192 Stellungnahme der Monopolkommission (§ 24 b Abs.5 S.4 GWB), Sondergutachten 11, Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen, 1989, S. 24.

193 Quelle: ZAW, Werbung in Deutschland 1998, S.12.

194 Die Position 2 - nämlich die Massenmedien - nimmt hier einen Sonderplatz ein. Hier geht es um die Werbung für Leser und mittelbar um die Werbung für Anzeigenkunden. Für den Markt der Massenmedien, zu denen auch die Presse gehört, kann man einen hohen Konzentrationsgrad nicht ohne weiteres und branchenübergreifend bejahen.

195 E.Hoppmann, Wettbewerb und Werbung, WuW 1983, 776, ff in einer Stellungnahme zum Gutachten der Monopolkommission, WuW 1983, 776, 779.

196 Gegenüber dem Argument der Werbung als Marktzutrittsschranke bleibt immer noch das Gegenargument der Möglichkeit des Preiswettbewerbs.

197 Die Ermittlung der Daten wäre auch wegen der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen schwierig.

produkt- oder branchenabhängiges Verbot *produktbezogener*¹⁹⁸ *suggestiver Werbung* kontraproduktiv. In einem Markt können sich diese alle dieses Zahlen ändern, und damit fehlt es schlicht an einer überzeugenden Tatsachengrundlage für eine weitergehende Einschränkung der *produktbezogenen suggestiven Werbung*.

bb) Toleranz der Rechtsprechung gegenüber der produktbezogenen suggestiven Werbung - ein allgemeines Gebot der Sachlichkeit

Die *wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung toleriert suggestive Werbung*, wenn sie sich auf das Produkt oder unmittelbar auf den Hersteller oder den Händler bezieht (hier als „*produktbezogene suggestive Werbung*“ bezeichnet). *Sobald die produktinhaltlichen Grenzen verlassen werden* wie in den Fällen „Ölverschmutzte Ente, HIV-Positive, Sozial- und Ökosponsoring“ (Fälle I, IIa, IV und V), also in den Fällen der „*umwelt- oder sozialbezogenen suggestiven (und/oder informativen)*¹⁹⁹ *Werbung*“, bejaht die Rechtsprechung den Verstoß gegen die guten Sitten (§ 1 UWG).²⁰⁰ Suggestive Werbung wird *dann* als „*sachfremd*“ und als Nichtleistungswettbewerb angesehen und als Gefährdung der freien Entschluß- und Nachfragekraft der Konsumenten. Es handelt sich um *ein allgemeines* Gebot der inhaltlichen „Sachlichkeit“ von Werbung, das mit den Bestimmungen der personalen Werberegeln über die „sachliche Werbung“ (dazu siehe oben I 2 a) und b) nicht verwechselt werden darf.

cc) Ausschluß suggestiver Werbung durch die personalen Werberegeln der „freien Berufe“ - besondere Gebote der Sachlichkeit

Die Schwierigkeit der praktischen Handhabung von Einschränkungen der suggestiven Werbung wurde bereits bei den personalen Werberegeln der freien Berufe deutlich. Die Diskussion muß sich deshalb auf die Frage konzentrieren, inwieweit informative und suggestive Werbung *überhaupt* voneinander getrennt werden können.²⁰¹ Selbst wenn man diese Trennung mit einiger Rechtsgewiß- und -sicherheit vollzieht, stellt sich die weitere Frage, inwieweit sie *kommunikationsstrategisch sinnvoll und rechtlich überzeugend* ist. Die Erörterung der Vermischungsproblematik setzt zunächst die Kenntnis und Anforderungen an „informative Werbung“ voraus.

c) *Informative Werbung*

aa) Informative Werbung als qualifizierter Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung

Die Überzeugung, die den Informationsmodellen des Art. 5 wie des Art. 12 GG zugrundeliegt, ist, daß das Niveau der öffentlichen Meinungsbildung durch die

198 Im Unterschied zu umwelt- oder sozialbezogener Werbung der Fälle IV und V.

199 In den Fällen IV und V wird zumindest eine Tatsachengrundlage (Fall IV: Tageseinnahmen und Fall V: Höhe der Zugabe) angegeben.

200 Siehe unter 1. Kapitel I.

201 E.Hoppmann, Wettbewerb und Werbung, WuW 1983, 776, ff in einer Stellungnahme zum Gutachten der Monopolkommission.

Kenntnis möglichst vieler und zutreffender Fakten durch möglichst viele Menschen angehoben wird.

Ein amerikanischer Autor²⁰² will deshalb Meinungs- und Informationsfreiheit auf den Grundsatz verkürzen, daß es dem Staat verboten sei, Gesetze zu erlassen, die die *Suche nach der Wahrheit behindern*.

Das Informationsmodell gilt grundsätzlich sowohl für Art. 5 GG als auch für Art. 12 GG - allerdings mit unterschiedlichen Vorzeichen.²⁰³

(1) *Informationsmodell des Art. 5 GG.* Die BVerfG-Rechtsprechung schützt zunächst in grammatischer Auslegung Meinungen (im Sinne von Werturteilen) und dann Tatsachen, die meinungsbildenden Charakter haben (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG). „Meinung“ soll die innere Beziehung des Kommunikators zu einem Gegenstand bezeichnen.²⁰⁴ Die Freiheit der Meinung ist deshalb Ausdruck der Persönlichkeit des Kommunikators; ob der Rezipient an dieser Meinung ein Interesse hat, ist jedenfalls für die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 5 GG irrelevant. Durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 GG und die BVerfG-Rechtsprechung (etwa zum Grundrecht der privaten Rundfunkveranstalterfreiheit) ist gewährleistet, daß auch die medialen und künstlerischen Beiträge in einen möglichst quantitativ und qualitativ umfassenden Meinungsbildungs- und Informationsbeschaffungsprozeß eingehen. Art. 5 GG ist so ein *Ursprungsmodell*. Jeder Beitrag, der aus den (institutionell) geschützten Quellen („jeder“, „Medien“, „Kunst“ und „Lehre“) kommt, kann grundsätzlich Schutz beanspruchen.²⁰⁵ Ein Schutz der Mitbewerber auf dem Markt der geistigen Freiheiten ist diesem Modell grundsätzlich fremd.

(2) *Informationsmodell des Art. 12 Abs. 1 GG und des Wettbewerbsrechts.* Wirtschaftliche Betätigung verlangt den Einsatz von Sprache und damit auch ein Informationsmodell. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG muß also qua Regelungsgegenstand auch Maßstäbe für die Berücksichtigung von Information haben. Im Unterschied zu Art. 5 GG handelt es sich nicht um ein Ursprungsmodell, das auch die Ermutigung der Quellen umfaßt, sondern ein *Folgenmodell, das Sprache dann einschränkt, wenn die Chancen der Mitbewerber systemwidrig eingeschränkt werden*. Sprache soll nur insoweit geschützt werden, als sie der wirtschaftlichen Betätigung im mikro- und makroökonomischen Sinne dient. *Die Folge ist, daß Art. 12 GG bei suggestiven Aussagen eine gegenständliche Beschränkung auf produktbezogene Aussagen (siehe oben) erlaubt und im Rahmen von Art. 12 GG ein großes Interesse an der Kommu-*

202 4. Kapitel III 3.

203 Anderer Ansicht ohne Problembewußtsein P.J. Tettinger, EG-rechtliche Verbote von Werbung und Sponsoring bei Tabakerzeugnissen und deutsches Verfassungsrecht, 1998, 116.

204 R. Herzog, Art. 5 Rn 49 - 55 b in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz.

205 Zum Unterschied der Anforderungen an Wahrheit und Irreführungspotential siehe unter 4 h).

nikation von Tatsachen und ein ebenso geringes Interesse an der Kommunikation von Werturteilen besteht. Die Mitteilung von positiven (anlehrende vergleichende Werbung) oder negativen (kritisierende vergleichende Werbung) *Werturteilen* (=suggestive Werbung) über das Produkt oder die Person eines Mitbewerbers sind untersagt.²⁰⁶ Die Grundlage dieses ökonomischen Informationsmodells ist die Annahme, daß der Verbraucher über das Produkt, die Produktqualität, Substitutionsprodukte und die ökonomischen und ökologischen Folgen der Produktverwendung nur unter Einsatz von (hohen) Informationskosten Wissen erlangt. Diese Kosten können und sollen durch möglichst „gute“ Werbung vermindert werden. Die Idealvorstellung ist, daß der rationale und informierte Verbraucher *über die Herstellung und den Vertrieb eines möglichst preiswerten und guten Produkts durch Nachfrage mitbestimmt; in der Realität ist diese Nachfragemacht oft* nicht von gleichem Gewicht wie die Angebotsmacht des Produzenten.²⁰⁷ Art. 12 Abs. 1 GG liegt nach hier vertretener Ansicht ein im Vergleich zu Art. 5 GG *selektives* Informationsmodell zugrunde: *Sprache wird hier viel weitergehend nach ihrem Nutzen für den Rezipienten und dem potentiellen Schaden für den Konkurrenten beurteilt. Auch das Informationsmodell des Art. 12 Abs. 1 GG steht aber vor dem Problem des Filters: Die Voraussetzung der Privilegierung der informativen und/oder sachlichen Werbung - wie sie etwa die BVerfG-Rechtsprechung zu den freien Berufen und das Werberecht der Rechtsanwälte kennt - ist die Vermeidbarkeit der suggestiven Werbung und die Effizienz „informativer Werbung pur“.*

bb) Werbemittelbedingte Unvermeidbarkeit von suggestiver Werbung und fehlende Möglichkeit der Trennung von suggestiver und informativer Werbung

Werbung als *Information*, die das produktionstechnisch bedingte Informationsdefizit des Nachfragers gegenüber dem Anbieter abschwächt und bestenfalls ausgleicht, ist das stärkste Argument *für* Werbung. Werbung als kostenerhöhende, unsachliche und *suggestive* Desinformation der Nachfrager ist das stärkste Argument *gegen* Werbung. Die mediale und kommunikationswissenschaftliche Realität spricht gegen die Möglichkeit der Trennung beider Werbeformen, wenn man nicht in Kauf nehmen will, daß Werbung ihre Chancen für die Motivation der Rezipienten verliert:

(1) Abhängigkeit des Informationsgehalts vom Werbemittel oder vom „Charakter“ der Werbung. Der potentielle Informationsgehalt von Werbung ist

206 Art. 3a Abs. 1 c) der "Richtlinie zur vergleichenden Werbung" zwingt - in Deutschland auf Rechtsmittel des Konkurrenten - zur sachlichen und informativen vergleichenden Werbung.

207 Zu den Zielsystemen der Verbraucherpolitik, Informationsmodell und Sozialmodell vgl. den Überblick bei H. Lohmann, Verbraucherschutz und Marktprozesse, Versuch einer institutionentheoretisch fundierten Erklärung von Marktregulierungen, 1992, S. 37, 45, 48.

werbemittel- und werbeträgerabhängig²⁰⁸ und so könnten die suggestiven Bildappelle vieler Werbungen durch die benutzten Werbemittel erklärt werden.

So erlauben vergleichsweise teure Rundfunkwerbespots aus Zeit- und Darstellungsgründen weniger detaillierte Verbraucheraufklärung als beispielsweise Anzeigen in der Presse. Ein Blick in die Presse, in der anspruchsvolle Informationen aufbereitet werden können, zeigt aber, daß wenige Anzeigen über die sloganartige Anpreisung oder Abbildung des Produkts hinausgehen.²⁰⁹ Daraus kann man den Schluß ziehen, daß nicht die technische Beschränkung des Werbemittels für den oft wenig informativen Charakter der Werbung verantwortlich ist, sondern der „Charakter der Werbung“ selbst.

Ein Beispiel ist die Werbung für Energie, die aus Kernkraft gewonnen wird. Es besteht - unbestritten - ein großes Informationsbedürfnis der Bevölkerung, dessen Befriedigung Voraussetzung für die Bildung eines Konsenses über die Nutzung einer Energie ist, deren Abfälle potentiell Hunderte von menschlichen Generationen vor technische und soziale Herausforderungen stellen. Der für die Wiederaufarbeitung und Lagerung notwendige Transport sogenannter Castor-Behälter in die Wiederaufarbeitungsanlage von Gorleben erforderte nach Aussagen des zuständigen Landesministers einen „Krieg gegen die eigene Bevölkerung“.²¹⁰ Die kernkraftherzeugenden Unternehmen (und einige andere) wandten sich an die Mitbürger und machten ihnen in großformatigen Anzeigen Gesprächsangebote.²¹¹ Vorher hatten die Vorstände einiger der Kernkraftunternehmen in einer Anzeigenkampagne die Sicherheit der Kernkraft versichert - auch wenn ein werbestrategisches Motiv gewesen sein mag, daß sie weiteren personalisierten Kampagnen von Greenpeace gegen die (Kernkraft)Industrie²¹² zuvorkommen wollten. Dann erfuhr die überraschte Öffentlichkeit, daß just bei diesen Transporten den Unternehmen seit Jahrzehnten Grenzwertüberschreitungen bekannt waren. Die Vorstände der betroffenen Unternehmen entschuldigten sich bei der Umweltministerin; sie beklagten den vergeblichen Aufwand für eine „millionenschwere Werbekampagne“²¹³. Was sie nicht tun ist: werben. *Jetzt* wo das Informationsinteresse und die Verunsicherung in der Bevölkerung am größten sind; jetzt wo die Grenz-

208 Der Informationsgehalt von Werbung kann auch vom Werbeziel abhängen: wenn es sich um Einführungswerbung handelt, sind informative Werbeinhalte erfolgreicher als emotionale, K.Hattemer, Medien tragen Marken zum Markenerfolg, Zur Studie "Werbung und Markterfolg" des Meffert-Instituts für den GWA, MA 1991, S.486, 487,f.

209 Siehe aber dagegen auch jüngste Unternehmenswerbungskampagnen in Interviewform in der Zeit und FAZ.

210 FAZ, 7.3.1997 S.16.

211 FAZ, 1.3.1997 S.10.

212 Etwa der in Berliner Kinos im Februar 1996 gezeigte Spot mit einem explodierenden Dampfkessel als Allegorie explodierender Kernkraftwerke, wobei die Namen der die Kernkraft einsetzenden Verbundunternehmen genannt wurden. Noch persönlicher: "Steckbriefe" mit Vorstandsmitgliedern von EDUs unter dem Titel "Ich ruiniere das Klima..." (Der Spiegel 1995 Nr.2 S.74 f).

213 FAZ 6 oder Beginn 7, 1998.

wertüberschreitungen unvoreingenommen bewertet werden müßten²¹⁴, schweigt die sonst werbende Industrie. Res ipsa loquitur?

(2) **Notwendigkeit suggestiver Bestandteile zur Stimulation der Aufnahmebereitschaft der Rezipienten.** Die tragende Argumentation für die Zulässigkeit suggestiver Werbung ist nicht der Werbende, sondern der Rezipient. Die Technik von Werbung kann anhand der Übersicht 8 verdeutlicht werden, aus der hervorgeht, daß sowohl die Aufnahme- als auch die Verarbeitungs- als auch die Erinnerungsbereitschaft des Rezipienten gefördert werden muß, damit Werbung wirken kann. Kommunikationsstrategisch wird die Aufnahmebereitschaft für informative Werbung durch suggestive Werbung stimuliert; vor allem dann, wenn man „suggestiv“ mit „emotional“ und „informativ“ mit „kognitiv“ gleichsetzt.²¹⁵ Die Werbung muß, um wirksam zu sein, mehrere Probleme bewältigen:

(a) **Zeit.** Die Zeitspanne zwischen Werbung und konsekutivem Handeln ist unterschiedlich groß, und der Adressat soll die Werbebotschaft solange verinnerlichen, bis er den Kauf tätigt.

(b) **Reizüberflutung und Verarbeitungsverweigerung.** Die Aufnahmebereitschaft und die Aufnahmefähigkeit bedingen sich gegenseitig. Die Vielzahl der „informativen“ Impulse des ausklingenden 20. Jahrhunderts, mit denen Werbung konkurrieren muß, führen zur „Qual der Wahl.“ Der Durchschnittsverbraucher ist angesichts dieser Informationsüberlastung und vielleicht mangelnder „Vorbildung“ oft nicht in der Lage, Daten, die das Informationsmodell anbietet, effektiv zu „verarbeiten.“²¹⁶ Deshalb, so behauptet eine Meinung, könnten allenfalls bei Gütern des täglichen Bedarfs, deren Kauf als „problemlos“ empfunden würde, „Informationskosten“ des Konsumenten durch Informationspolitik gemindert werden, weil er nur insoweit „aufnahmefähig“ wäre.²¹⁷ Auch dann ist aber die Informationsüberlastung ein grundsätzliches Problem, wenn der Rezipient einer **quantitativ zu anspruchsvollen** Auswahlalternative (20 Seifen oder Haarpflegeprodukte) eine Verarbeitungsverweigerung entgegensetzt²¹⁸ und aufgrund weniger Argumente oder „bewußt“ emotional entscheidet.²¹⁹

214 Wieviel Bequerel, mit welchen Folgen, inwieweit höher als natürliche Strahlung...

215 E.Kantzenbach, zur wirtschaftspolitischen Beurteilung der Werbung, eine Erwiderung auf E.Hoppmann, WuW 1984, 297,f.

216 W.Kroeber/Riel, Konsumentenverhalten, S.689, f wirft mit anderen dem Informationsmodell vor, es sei "von einem nicht realisierbaren "Traum vom souveränen Konsumenten" geleitet.

217 W.Kroeber/Riel, Konsumentenverhalten, S.605,f. Extensive Kaufentscheidungen machen demgegenüber einen - geschätzten Anteil - von 15-20 % aus (S.347). Gründe für eine solche Kaufentscheidung sind die Neuartigkeit, die fehlende Möglichkeit vorangehender "eigenhändiger Qualitätsprüfung, die langfristige Bindung des Konsumenten an das Produkt, die funktionalen und gesundheitlichen Risiken u.ä. (St.Gruber, Verbraucherinformation durch Gütezeichen, 1987, S.56,f).

218 F.W.Mähling, Werbung, Wettbewerb und Verbraucherpolitik, 1983, S. 236,f ; St.Gruber, 1987, S.49 m.w.N.

219 Zu den sog. low involvement products, bei denen vielleicht nicht die Werbung sondern hauptsächlich der Vertrieb, die möglichst universelle Erhältlichkeit eine Rolle spielt, F.Unger, Werbemanagement, 1989, S.98,f.

(c) *Mitarbeit des Rezipienten*. Die Motivation zur Rezeption und Verarbeitung von Information kann kommunikationstheoretisch also nicht vorausgesetzt werden. Der Informationstransfer setzt deshalb auch voraus, daß der Verbraucher *seine* Bedürfnisse²²⁰ erfaßt und bewertet - etwas, was psychologisch vorbereitet und gefördert, kommunikationstheoretisch dem Rezipienten aber nicht abgenommen werden kann.²²¹ Neben dem Rezipienten ist die Werbung allerdings selbst das größte Hindernis der Verwirklichung von Wirkungsambitionen. Je mehr Werbung betrieben wird, desto weniger Interesse und damit Wirkung kann das „durchschnittliche“ Werbemittel²²² voraussetzen. So besteht etwa im Rundfunk für die Werbenden das „Problem“, daß die Werbeblockpositionierung per se zur Abschwächung der Rezipientenbereitschaft führen kann. Der Rezipient wird mit einer Vielzahl von formal gleichförmigen Slogans, Produkt- und Lifestyle - Spots konfrontiert, die sich allein durch die unmittelbare Nähe zueinander relativieren.²²³ Die nach der Einführung des Privatfernsehens zur Verfügung stehende Vielzahl der Sendekanäle hat zur Vervielfachung der Werbespots geführt. Die Folge war, daß die Erinnerungswerte bei den Rezipienten sanken und gleichbleibende Werbeeffizienz nur durch verstärkte, aber diversifizierte Werbeinvestitionen (auf anderen Werbeträgern) ausgeglichen werden konnte.²²⁴ Bei der Pressewerbung besteht demgegenüber das Problem, daß der Rezipient der Werbung leichter ausweichen kann. Die Möglichkeit der Lesekonzentration auf die Berichterstattung unter Ignorierung der Anzeigen führt hier nicht zu der Gefahr, Teile des Programms (etwa die Fortsetzung eines Spielfilms) zu versäumen. Beiden Problemen - *Relativierung durch Vielzahl und Existenz einer niedrigen Vermeidungslast* - begegnet die Werbung durch suggestive Emotionalisierung. Um die Aufnahmebereitschaft zu fördern und die Resistenzenergie zu vermindern, wird die informative Werbung mit suggestiver, emotionaler Werbung verknüpft.

-
- 220 Zu den unterschiedlichen Bedürfnisfaktoren von Prestige- über Sicherheits-, Luxus-, Kultur-, Erlebnis und Anerkennungsbedürfnissen siehe F.Unger, Werbemanagement. 1989, S.126 ff.
- 221 St.Gruber, Verbraucherinformation durch Gütezeichen, 1987, S.32 unter Hinweis auf die Erkenntnisse der Konsumentensoziologie.
- 222 Darin besteht die Bedeutung von Außenseiter"strategien" wie der Benetton-Werbung, die aus der üblichen Werbung herausragen.
- 223 E.Kuhlmann, Verbraucherpolitik, Grundzüge ihrer Theorie und Praxis, S. 117. Reizüberflutung kann auch zum Werbeträgerwechsel führen: mit der Verbilligung der Rundfunkwerbezeiten durch die Zulassung privater, nur werbefinanzierter Anbieter sanken die Preise für Rundfunkwerbung und stieg die Anzahl der Werbespots auf der Vielzahl der Kanäle. Auf die deshalb vermutete Reizüberflutung der Zuschauer bei der Rundfunkwerbung reagierte ein Teil der Werbebranche mit der "Rückkehr" zur Pressewerbung, "Zuschauer lehnen Werbungsflut ab, FAZ 28.2.1992.
- 224 H.Merkle, Globale Trends - Globale Chancen für die Werbung, MA 1994, S.336, 338 berichtet von einer Studie aus den USA für den Zeitraum von 1970-1990, nach der der Werbetreibende seine Werbegelder um das Doppelte der Inflationsrate erhöhen mußte, um den "Werbedruck" aufrecht zu erhalten. Diese Untersuchung erfolgte zwar auch vor dem Hintergrund gestiegener Rundfunkwerbekosten - in Deutschland ist eine dramatische Vergünstigung eingetreten - die abnehmende Produktivität der Werbegelder ist aber auch hier ein Problem.

Die Antwort auf diese Probleme ist die „*Janusköpfigkeit der Werbung*“, die suggestiv-informativ ist.^{225 226} Ein (verfassungsrechtliches) Werbebeschränkungsrecht, das diese Realität ignorierte und eine informative Werbung „pur“ verlangte, wäre deshalb ungeeignet für seinen Zweck. Information „pur“ kann die Aufgabe von Werbung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG nicht erfüllen. Auf einer differenzierteren Ebene stellt sich deshalb erneut die Frage, welche Informationsqualität „informative Werbung“ - gegebenenfalls mit Unterstützung suggestiver Elemente - haben soll oder kann.

cc) Begriff

Deutlich wurde, daß „informative“ Werbung nicht im Wege einer Negativdefinition, etwa durch das „Fehlen suggestiver Elemente“, definiert werden kann. Auch die Suche nach einer Positivdefinition scheitert an den unterschiedlichen Informationsbedürfnissen unterschiedlicher Verbraucherpersönlichkeiten. *Kommunikationsstrategisch* werden folgenden, nicht abschließenden Kriterien der „informativen Werbung“ unterschieden. So sollen

- (1) die Verständlichkeit der Werbung,
- (2) die Relevanz für den Verbraucher²²⁷,
- (3) die inhaltliche Vollständigkeit, so daß Preise und/oder Bezugsquellen der beworbenen Produkte genannt werden und
- (4) die Aufklärung über das Risiko der Verwendung des Produkts, Maßstäbe dafür sein, ob es sich um informative Werbung handelt.²²⁸

Wie weit hier theoretische Annahmen von der Praxis differieren können, zeigt das Beispiel der Preiswerbung.²²⁹ Hier würde man den Informationswert hoch ansetzen und eine gute Chance für den Verbraucher sehen, seine Ressourcen gut zu platzieren. Bei manchen Produkten führt die Preiswerbung aber dazu, daß die

225 B.Röper (Hrsg.), Wettbewerb und Werbung, 1989, S.49. B.Röper, Zur Manipulation von Bedürfnissen, in: Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S.37, 40 ff. So im Ergebnis auch die Stellungnahme der Monopolkommission (§ 24 b Abs.5 S.4 GWB), Sondergutachten 11, Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen, Baden-Baden, 1989, S. 24 f.

226 Die Janusköpfigkeit ist keine Regel ohne Ausnahme, wie ein werbeträchtige Interviewkampagne zu "Fragen der Zukunft" mit Theologen und Wirtschaftsführern auf Initiative der Deutschen Bank zeigt (H. Küng, Tübingen auf dem Kolloquium "Arbeit der Zukunft - Zukunft der Arbeit" Lebensstandard ist kein Ersatz für Lebenssinn, FAZ 16.11.94, und W.Riester, auf dem Kolloquium "Arbeit der Zukunft - Zukunft der Arbeit", Die Gewerkschaften stellen sich dem Wandel, Die Zeit 18.11.1994, S.7,ff. Bemerkenswert an der Anzeige in der FAZ ist, daß das Interview ohne Kennzeichnung als "Anzeige" wiedergegeben wurde). Charakteristisch für diese Anzeigen ist, daß sie sich nicht im Bereich der Produktwerbung bewegen, sondern im Schnittbereich von Sponsoring, Public Relations und Unternehmenswerbung und daß die Anzeigen sehr umfangreich und großformatig sind. Sie erregen bereits durch die Notwendigkeit des Überblätterns mehrerer Seiten Aufmerksamkeit.

227 Hier handelt es sich um einen wertenden Begriff, der auf die Fälle IV und V - Sozial- und Ökosponsoring - abstellt. Es kann für den Verbraucher irrelevant sein, welche soziale Einrichtung gefördert wird (Fall IV); es ist für den Verbraucher nicht irrelevant, ob er einen Zuschuß zu seinen Anfahrtkosten erhält.

228 Nachweise bei E.Kuhlmann, Verbraucherpolitik, S. 115 f.

229 W.Gloy, Die Zulässigkeit von Preisvergleichen nach der Richtlinie 97/55/EG-Kehrtwende oder Kontinuität? GRUR 1998, 226, 230 zu den Voraussetzungen von Preiswerbung.

Preiswerbung *den* Anbietern Vorteile verschafft, die ohne Rücksicht auf die Qualität am billigsten anbieten. Der preisgünstigere Anbieter, für dessen Produkt der Konsument mehr bezahlen würde, wenn er von dessen Überlegenheit wüßte, kann sein Produkt nicht mehr absetzen („Zitronen“-Markt-Problem).²³⁰ Ein solcher Markt könnte der Reisemarkt sein; die Europäische Gemeinschaft hat versucht, diese Problematik durch eine Informationsrichtlinie, die zu Mindestangaben über den Inhalt der Reiseleistungen bereits in den Prospekten verpflichtet, abzumildern.²³¹

Diese rezipientenfreundlich ausgewählten Kriterien können in grundsätzlichem Widerspruch zu den Selbstdarstellungsinteressen der Werbenden stehen. Noch weitergehend hat man sich vor allem zu Beginn der siebziger Jahre mit der Frage beschäftigt, inwieweit in einer grundsätzlichen Betrachtung Werbung überhaupt eine *informative* und gegebenenfalls die *gewünschte informative* Wirkung haben kann.

dd) „Informative Werbung“- ein Paradoxon?

Hier sind mehrere Argumentationsrichtungen zu schildern.

(1) *Desinformation durch Werbung wegen deren fehlender Transparenz.* So liegt einer Werbung fast nie ein Transparenz-, sondern fast immer ein egoistischer Differenzierungs- oder Anlehnungswille zugrunde. Der Werbungstreibende fühlt sich und darf sich grundsätzlich nur für seine Werbung und sein Produkt verantwortlich fühlen (Art. 12 Abs. 1 GG). Er ist selbsternannter „Richter“ in eigener Sache²³² und setzt sein Kapital ein, um sein Urteil möglichst vielen möglichst überzeugend und letztlich möglichst überredend zu kommunizieren. In den Fällen, in denen kein besonders gutes oder preiswertes oder differenzierungsfähiges Produkt (Benzin, Waschmittel) zur Verfügung steht (performance), kann die Selbstdarstellung durch Werbung über die fehlenden Qualität des Produkts täuschen. So wird der Rezipient durch Werbung zum Kauf eines schlechteren Produkts „verführt“ und dem Konkurrenten, der mehr Leistung bei der Herstellung des Produkts oder der fachlichen Beratung oder der Reparatur zeigt, wird ein Abnehmer genommen. Auch die Werbung, die nur in der Nennung eines Markennamens besteht, beinhaltet implicite die Behauptung - „mein Produkt existiert und ist besser als andere Produkte am Markt“ und kann - wenn das nicht oder nur marginal zutrifft - zu unzutreffenden Vorstellungen beim Nachfrager²³³ führen. „*Unzutreffend*“ aus der Sicht des Verbrauchers, der den besten Kauf, der wiederum die Kenntnis des für seine Mittel besten Preis-Leistungsverhältnisses voraussetzt, machen möchte. „*Zutreffend*“ aus der Sicht des Werbenden, der sein Produkt so oft wie möglich zum höchsten erzielbaren Preis absetzen möchte.

230 R.Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, 1994, S.46.

231 EG-Richtlinie zu Pauschalreisen, Abl. L 158 v.23.6.1990, S.59 ff; umgesetzt durch die Informationspflichtverordnung BGBI I 1994, 3436.

232 In fremder Sache nur dann, wenn das fremde Produkt verurteilt und das eigene Produkt positiv beurteilt wird oder wenn das fremde Produkt so überlegen oder anders ist, daß der alte Grundsatz gilt: if you cannot beat them, join them.

233 D. Brückner, Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung, Probleme und Problemwandel, Berlin 1967, S. 22.

Eine Variante des Desinformationsarguments ist die Wirkung des Wettbewerbs der Werbungen. So besteht die Gefahr unvermeidlich widersprüchlicher Werbeaussagen, wenn zwei Produkte intensiv beworben werden und so vorgeben, sich zu unterscheiden, obwohl sie funktional und qualitativ äquivalent sind und, in einer Leistungswettbewerbsbetrachtung, die Erkenntnis der Maßgeblichkeit des Preises (zu dem ein drittes Produkt erhältlich wäre) erschweren(, und so Recherchekosten verursachen).²³⁴

- (2) **Aufhebung der Wirkung von Werbung durch Werbung.** Noch weitergehend kann sich Werbung - so informativ sie *individuell* auch gestaltet sein mag - in ihrer **Wirkung** in einer makroökonomischen Betrachtung „aufheben“ und **so zwei Produkte verteuern**. Ein in den 70er Jahren genanntes Beispiel ist die Werbung der Banken für private Vermögensbildung auf der einen und die Konsumwerbung auf der anderen Seite. Hier besteht volkswirtschaftlich ein Zielkonflikt zwischen einer auf ständige Konsumnachfrage gerichteten Wirtschaftswerbung und der privaten Vermögensbildung. Zumindest im Grenzfall kann es hier zu einer Neutralisierung der Werbewirkungen kommen - nachdem sowohl die Vermögensbildung als auch die Produkte durch Werbung verteuert wurden.²³⁵

Diese grundsätzlichen Werbeskeptizismen vergangener Zeiten²³⁶ haben weder unmittelbare Folgen im Verfassungs- noch im „einfachen“ (Wettbewerbs-)Recht gehabt.

Die Option eines grundsätzlichen Verbots der (suggestiven) Werbung oder die immer wieder erwogene Ablehnung der steuerlichen Absetzbarkeit von Werbung als Betriebsausgabe und/oder die Erhebung von Steuern auf die Werbeausgaben (Werbesteuern) sind als allgemeines Werberecht nie Realität geworden.

Diese Werbeskepsis vergangener Jahrzehnte hat dazu geführt, daß bei den freien Berufen „Beinahe-Werbeverbote“ perpetuiert wurden. Das Verbot jeder Werbung schien besser als die Zulassung „guter“ Werbung, die zuerst einen Defintionsmut voraussetzte, dann die Inkaufnahme (vorübergehender) Sanktionslücken verlangte und letztendlich schwierig in ein kontrahierungspolitisches Tarifsysteem (Gebührenordnungen bei den Anwälten) einzuordnen war. Der nicht aussagekräftige Oberbegriff, unter dem sich diese Erwägungen verbargen, ist das „Berufsbild“ des Apothekers, des Arztes²³⁷ oder des Rechtsanwalts, bei denen die Erfüllung der jeweiligen „öffentlichen Aufgaben“ eine Würde zur Erlangung des Vertrauens der Kunden verlangte, das mit Werbung nicht vereinbar zu sein schien. Diese Einschätzung konnte keinen Bestand haben, weil sich die „öffentlichen Aufgaben“ in Zeiten des Privatisierungsmutes einem („gesunden“) Wettbewerbsdruck und einer Argumentationslast ausgesetzt sehen. Zudem sind die Rezipienten immer mehr an

234 M.A.Boss, Unternehmenspolitische und gesellschaftliche Konsequenzen einer staatlich verordneten Einschränkung der Werbung, Berlin 1972, S. 65.

235 K.Thiedig, Suggestivwerbung und Verbraucherschutz, 1974, S.43 m.w.N.

236 Vergleiche die obigen Fußnoten. Allgemein und mit neueren, im Ergebnis aber nicht anderen Forschungen B.Menke, Recht und Ökonomie der kritisierenden vergleichenden Werbung, 1994, Siehe auch die Begründung des höheren Informationswertes von vergleichender Werbung J.Meyer, Die kritisierende vergleichende Werbung, 1991, 196- 261 m.w.N.

237 Allgemein R.Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994, S. 48 ff.

Werbung gewöhnt, so daß die Werbung per se nicht auf ein übertriebenes Gewinnstreben einer Profession hindeutet.²³⁸ Der Anspruch „würdig“ zu sein, weil man auf Werbung verzichtet, wurde deshalb in Frage gestellt - zurecht. Es geht gegenwärtig deshalb um die schwierige Frage, den Umfang der gewünschten Werbung - „sachlich“, „informativ“, „nicht übertrieben“, „nicht reklamehaft“ - zu ermitteln. Die Kenntnis dieser Werbeskeptizismen ist der Ausgangspunkt, auf der Suche nach der gewünschten Gestalt von Werbung. Der (Mitglieds-)Staat nützt hier eine ganze Reihe von Instrumenten, um Werbung rezipientenfreundlicher und wirtschafts- und sozialverträglich zu machen.

ee) (Staatliche) Instrumente zur Erhöhung des Informationswerts von Werbung

Hier können gegenständliche, inhaltliche, grundsätzliche und instrumentale Beschränkungsstrategien unterschieden werden.

(1) **Gegenstand von Informationspflichten.** Die Erhöhung des Informationswertes wird vor allem bei „klassischer“ Werbung, und dort bei der Produktwerbung angestrebt. Der Schwerpunkt der Bemühungen um mehr Information liegt in der Schnittstelle von Produkt- und Kontrahierungspolitik - nämlich der Verpackungswerbung. Diese Strategie hat den Vorteil, daß sie alle Mitbewerber - ob sie sonst werben oder nicht - erfaßt und der lesewillige Verbraucher mit dem Produkt auch die Information dauerhaft und untrennbar erhält. Nur ausnahmsweise reichen die Informationspflichten weiter als die Verpackung. Es gibt hier zwei wesentliche Ausnahmen,

- zum einen Produkte, die keine Verpackung haben und
- zum anderen Produkte, bei denen diese Hinweise auf der Verpackung nach Ansicht des Staates nicht ausreichen.

Beispiele für die erste Ausnahme sind die prospektbezogenen Informationspflichten im Reisevertrags- und Wertpapierrecht²³⁹; Beispiele für die zweite Ausnahme sind das Heilmittel- und Tabakwerberecht, wo die Angabe des Teer- und Nikotingehalts und die Wiedergabe von Warnungen²⁴⁰ bei der Verwendung anderer Werbemittel als der Verpackung (insbesondere bei Anzeigen und Spots) Pflicht sind.

(2) **Informationsinhalte.** Die Informationsinhalte sind längst nicht mehr auf die Wahrung der Äquivalenzinteressen der Konsumenten beschränkt. Es gibt eine Reihe von Informationspflichten, die **auch** dem Schutz des Integritätsinteresses

238 So auch BVerfGE 94, 372, 398 "Apotheker".

239 Siehe § 7 Abs. 1 Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz v.17.7.1996 (BGBl I 1047) § 7 (1): "...so muß der Verkaufsprospekt die Angaben enthalten, die notwendig sind, um dem Publikum ein zutreffendes Urteil über den Emittenten und die Wertpapiere zu ermöglichen". EG-Richtlinie zu Pauschalreisen, Abl. L 158 v.23.6.1990, S.59 ff; umgesetzt durch die Informationspflichtverordnung BGBl I 1994, 3436.

240 § 4 Abs. 1 HWG.

ses oder der Förderung von Allgemeinwohlbelangen, wie dem Staatsziel Umweltschutz (Art. 20 a GG und Art. ..EGV) dienen sollen. Belege sind das Tabakwerberecht durch seine Warnungen²⁴¹ auf der einen und das Energieetikettierungsrecht durch seine Informationspflichten über Stromverbrauch und Lautstärke von Haushaltsgeräten auf der anderen Seite.²⁴²

(3) **Informationsgrundsätze.** Es gibt drei Grundsätze, durch die informative Werbung gekennzeichnet ist, nämlich der Wahrheitsgrundsatz, der Substantiierungsgrundsatz²⁴³ und das grundsätzliche Verbot der Irreführung.

(a) **Wahrheitsgrundsatz.** Wahr kann nur sein, was einer Nachprüfung zugänglich ist. Es muß also eine Tatsache behauptet werden. Das Wettbewerbsrecht (§§ 1, 3 UWG) verpflichtet grundsätzlich²⁴⁴ nicht dazu, mit Tatsachenbehauptungen zu werben. Es überläßt es der Kreativität des Werbenden, wie er sich und sein Produkt darstellt. Wenn er aber Tatsachen nennt, dann müssen sie zutreffen (§§ 1 und 3 UWG).²⁴⁵

(b) **Substantiierungsgrundsatz.** Der Substantiierungsgrundsatz verpflichtet zur Information über Eigenschaften und Folgen (der Verwendung) eines Produkts. Eine allgemeine, produktübergreifende Verankerung des Substantiierungsgrundsatzes für die kommerzielle Sprache existiert nicht. Einzelgesetzlich und produktbezogen existieren Vorgaben, welche „*positiv*“ zu bestimmende, informationelle Mindestgehalte eine Werbung enthalten muß, wie etwa die Angabe von Teer- und Nikotingehalten in der Zigarettenwerbung oder die Angabe von Mindestinformationen bei Prospekten, die für Lehrgänge als Fernunterricht werben (§ 16 Fernunterrichtsschutzgesetz). Diese Beispiele können unter dem Oberbegriff „*Kennzeichnungsfunktion*“ zusammengefaßt werden. Das Produkt wird durch diese informativen Mindestinhalte sprachlich charakterisiert, transparent und damit mit anderen Produkten vergleichbar. Ergänzt werden die hier als „positiv“ bezeichneten Informationspflichten, *die das Produkt so*

241 Zur Unterscheidung von Aufklärung und Warnung siehe V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, S. 101 ff.

242 "Richtlinie 92/75/EWG v. 22.9.1992 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch Haushaltsgeräte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen" ABl. EG Nr. L 297 S.16.

243 Th.Keyßner, Täuschung durch Unterlassen - Informationspflichten in der Werbung, Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, schwedischen und dänischen Recht, 1986, S.3,f, der vom Informationsvermittlungsgebot spricht, und damit bereits vom Begriff die Eigenschaft als Grundsatz in Frage stellt..

244 Die - allerdings weit verbreitete - Ausnahme zu diesem Grundsatz sind die Etikettierungspflichten auf dem Produkt, also die Verpackungswerbung. Die Einflußnahme auf die inhaltliche Gestaltung von zutreffender Werbung - und nicht nur Vorschriften über das "in Verkehr bringen" oder die Verpackungsgestaltung - sind bei einer Gesamtbetrachtung eher die Ausnahme (Tabak, Heilmittel- und Säuglingsnahrungswerberecht), denn die Regel.

245 Der Wahrheitsgrundsatz kann induktiv aus §§ 823, 824 BGB und §§ 1,3,4, UWG abgeleitet werden. Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., § 1 Rn. 5.

darstellen, wie es ist, durch „negative“ Informationspflichten, die unter dem Oberbegriff „Hinweisfunktion“ erfaßt werden könnten. Charakteristisch für diese Hinweise ist, daß sie oft Ausdruck einer Wertung sind. Ein Beispiel ist das Säuglingsnahrungswerberecht, wo bei der Verteilung von Informationsmaterial ausdrücklich auf die Vorzüge des Stillens hingewiesen werden muß (§ 4 Nr. 1 SNWG), obwohl Generationen von Kindern mit den Industrieprodukten groß geworden sind.²⁴⁶ Die Belastung des Werbenden durch solche Hinweispflichten²⁴⁷ hängt von der Form der einzelnen Hinweispflicht - ob der Werbende selbst als Autor in Erscheinung treten muß oder „nur“ zum Abdruck fremder Meinungen verpflichtet ist - wie auch vom sprachlichen Inhalt ab. So findet sich die Pflicht zur Wiedergabe verfahrensmäßiger Hinweise auf die Kontaktaufnahme mit dem kundigen Arzt oder Apotheker (HWG) wie Warnungen (Zigarettenwerberecht)²⁴⁸ vor dem Genuß des Produkts. Die Grenzen zwischen Informationen, die „Kennzeichnungs-“, und solchen, die „Hinweisfunktion“, erfüllen, sind dann, wenn und solange Prognoserisiken bestehen, schwer auszumachen.²⁴⁹ Ein Beispiel sind die Instruktionspflichten der Hersteller von Kindertees und Saugflaschen²⁵⁰ über die Kariesgefahr bei „Dauernuckeln“ („Baby-Bottle-Syndrom“). Solange keine wissenschaftlich wirklich repräsentativen Erkenntnisse vorlagen, und nur die begründete Vermutung der Hinterspülung der Zähne durch Flüssigkeit mit der Folge der Kariesanfälligkeit (in Einzelfällen) bestand, handelt es sich bei der Informationspflicht um eine „Hinweisfunktion“. Nachdem der Kenntnisstand gestiegen ist, handelt bei der Informationspflicht um eine „Kennzeichnungsfunktion“; das Produkt wird in seiner Verwendung so gefährlich dargestellt, wie es ist.²⁵¹ Der Umfang (und eventuell die Bejahung)

246 Zur ausgrenzenden Wirkung von Ideologien anhand des Säuglingsnahrungswerbengesetzes Th.Mettke, Stillen ist das Beste - Realität, Mythos und Ideologie, ZLR 1995, 635, 645.

247 Einen Überblick zur damaligen Rechtslage gibt Th.Keyßner, Täuschung durch Unterlassen - Informationspflichten in der Werbung, Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, schwedischen und dänischen Recht, 1986, S.13 ff.

248 Strafrechtliche Sanktionen wegen fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung beim Unterbleiben von Warnhinweisen (Holzschutzmittelprozeß) bleiben außer Betracht, weil es hier nicht um unterlassene Warnungen bei der Werbung, sondern um unterlassene Warnungen auf der Verpackung oder in Beipackzetteln ging.

249 In einem Spezialgebiet, nämlich dem Heilmittelwerberecht, ist es zudem umstritten, inwieweit *Pflichtangaben (§ 4 HWG) selbst unzulässige Werbung* sind; J.Gröning, Perspektiven für Heilmittelwerbeverbote, WRP 1994, 355, 358 ff.

250 Beispiel der Fa. NUK (1998) "1.Flaschen nur unter Aufsicht geben. Dauernuckeln kann Karies (Zahnfäule) verursachen. 2.Wichtige Hinweise lt. Flascheneinleger."

251 F.Graf von Westphalen, Instruktionspflichten des Warenherstellers im Lebensmittelbereich - Zum "Baby-Bottle-Syndrom" BB 1994, S.1 f, 17 f und die nicht angenommene Verfassungsbeschwerde eines geschädigten Kindes BVerfG Kammerbeschl.v.16.10.1996 Az. 1 BvR 1179/95, die gerügte hatte, daß die von der Rechtsprechung aufgestellten Instruktionspflichten nicht ausreichend gewesen seien.

der Hinweispflicht wird durch die konkrete Werbung beeinflusst, wie der BGH beim „Baby-Bottle-Syndrom“ festgestellt hat:

„Eine solche Verdeutlichung ist besonders dann erforderlich, wenn durch die Werbung der Vorstellung, das Produkt könne in dieser Weise gefährlich werden, entgegengewirkt wird.“²⁵²

(c) **Verbot der Irreführung.** Der dritte Grundsatz hängt von den ersten beiden Grundsätzen ab. Werturteile und wahre Behauptungen über eine Tatsache sind grundsätzlich wenig geeignet, einen Irrtum der Rezipienten hervorzurufen (dazu im einzelnen unter h). Soweit Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden, hängt es davon ab,

- ob sie geeignet sind Rezipienten in einen Irrtum zu versetzen oder diesen Irrtum zu bestärken,
- wieviele dieser Rezipienten (voraussichtlich) irren
- und welche Folgen der Irrtum für die Rezipienten hat (Äquivalenz- oder Integritätsinteresse) oder haben kann.

Es kommt also nicht auf den Vorsatz und/oder die Fahrlässigkeit oder gar die Kenntnis des Werbenden von der Irreführungsgefahr an. Entscheidend sind allein die **Folgen der Werbung**. Das Verbot der irreführenden Werbung ist vorwiegend²⁵³ in § 3 UWG enthalten. Die wirkliche Problematik steckt im Detail, nämlich in der Frage, wie die Irreführung nachzuweisen ist - empirisch durch Umfragen oder dezisionistisch feststellbar durch den Richter - und ab welchem (vermuteten) Anteil getäuschter Rezipienten eine Irreführung bejaht werden kann. Grundsätzlich gilt, daß je gravierender die Folgen für den „getäuschten“²⁵⁴ Rezipienten sind, desto eher die Werbung untersagt werden muß (siehe dazu unter h).

(d) **Rechtliche Verankerung dieser Grundsätze.** Für die Faßbarkeit der oben geschilderten Grundsätze wäre es zuträglich, wenn sie einem einheitlichen Sanktionsregime entsprechen würden. Das ist jedoch nicht der Fall; vielmehr handelt es sich um ein compositum mixtum aus den unterschiedlichsten Rechtsvorschriften mit unterschiedlichen Sanktionen und unterschiedlichen Anspruchsberechtigten. Die Kenntnis dieser Grundsätze gibt aber bei jedem Werberechtsfall die Suchstrategie vor. Der Blick richtet sich etwa beim Wahrheitsgrundsatz immer zuerst auf das „Spezial“gesetz, etwa bei den freien Berufen die Berufsordnungen oder bei Produkten das Lebensmittelgesetz, die besondere Anforderungen an die

252 BGHZ Urt.v.12.11.1991, NJW 1992, 560, f "Kindertee".

253 Zum Verhältnis zum Täuschungsschutz in § 1 UWG siehe unter V 7.

254 In Anführungszeichen, weil es auch Rezipienten gibt, die die Werbung oder Hinweise nicht lesen, und deshalb logisch nicht getäuscht werden sondern in einem Irrtum (trotz der Werbung und eventuellen Hinweisen oder Kennzeichnungen) verharren.

„Wahrheit“ treffen.²⁵⁵ Wenn man solche einzelgesetzlichen Wahrheitspflichten nicht findet, bleibt der Rekurs auf §§ 3 und 1 UWG, für deren Geltendmachung aber nur die in § 13 Abs. 1 UWG genannten Berechtigten ((prozeßführungs-)befugt sind)²⁵⁶. Die gleiche Strategie gilt grundsätzlich für den Substantiierungsgrundsatz²⁵⁷ und beim Irreführungsverbot.

d) Sachliche Werbung

Die Forderung nach Sachlichkeit kann sich auf die formale und/oder die inhaltliche Gestaltung von Werbung erstrecken.

aa) Formal sachliche Werbung

Im Unterschied zur (substantiell) informativen Werbung, die eine bestimmte Quantität und Qualität von Tatsachenbehauptungen in der Werbung verlangt, ist

255 Hier ist zwischen speziellen - häufig öffentlich-rechtlichen Ausformungen des Wahrheitsgrundsatzes (z.. B.§ 17 LMbG, § 7 Abs. 1RfSt) - und der allgemeinen Ausformung des Wahrheitsgrundsatzes (§ 1, 3 UWG) zu unterscheiden. Charakteristisch ist, daß die speziellen, öffentlich-rechtlichen Wahrheitspflichten einen eigenen Sanktionsmechanismus kennen,

- der von der aufsichtsbehördlichen Beanstandung

- über das Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht (§ 264 a Abs.1 StGB für Kapitalanlagebetrug aufgrund unzutreffender oder nicht vollständiger Prospektangaben) reicht (Die Werbestrafaten scheinen in der allgemeinen Kriminalstatistik nicht differenziert erfaßt zu werden; deshalb sind Aussagen über die tatsächliche Bedeutung des Werbestrafrechts schwer zu treffen, vgl. K.Horn, Strafbare Werbung, 1991, S.40). **Zusätzlich** besteht die Befugnis der nach § 13 UWG Aktivlegitimierten, nach § 1 UWG Unterlassung und Schadensersatz zu verlangen. Beim allgemeinen Wahrheitsgrundsatz reichen die Sanktionen

(1) vom Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch nach §§ 1, 13 UWG.

(2) über die Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche nach §§ 823 Abs.1, 1004 BGB wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs.

(3) zur Strafbarkeit nach § 4 UWG. Hierzu ist allerdings anzumerken, daß die tatsächliche Bedeutung des Werbestrafrechts - soweit es die Verurteilungen angeht - nicht überschätzt werden sollte.

(4) zum Widerruf einer durch strafbare Werbung initiierten Willenserklärung (§ 13 a UWG; dazu R.Domenicus, Schutz des Verbrauchers vor irreführender Werbung, 1991, S. 32 ff).

(5) Schadensersatzansprüche wegen Täuschung durch eine Werbeaussage (§ 123 BGB).

(6) Sachmängelansprüche wegen der Werbeaussage als Zusicherung einer Eigenschaft (§ 459 BGB).

256 Unter der Voraussetzung bei § 13 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG der "wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs" auf diesem Markt.

257 Für den Substantiierungsgrundsatz kommt es daraus an, ob die Substantiierungsgebote von der zivilrechtlichen Rechtsprechung aus § 1, 3 UWG und/oder dem Recht der arglistigem Täuschung (§ 123 BGB) entwickelt wurden oder ob es sich um öffentlich-rechtliche Substantiierungspflichten handelt. Bei ersteren richten sich die Sanktionen nach diesen Vorschriften, bei letzteren ergeben sich dieselben Rechtsfolgen wie bei den speziellen Wahrheitspflichten. Zusätzlich sind von der Rechtsprechung Informationspflichten aus dem Produkthaftungsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB) entwickelt worden. Die **Werbung** des Herstellers von Kindertees für einen "Gute Nacht-Trunk" verpflichtet ihn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die Risiken für die Kariesbildung bei Dauerbepflung mit zuckerhaltigen Getränken offenzulegen und entsprechend zu warnen. Im entschiedenen Fall verlangte der Bundesgerichtshof eine deutliche Warnung auf der Verpackung - weder ein Hinweis auf Banderolen unter der Überschrift "Zubereitungshinweis" noch die Verteilung von Informationsbroschüren wurden als ausreichend erachtet (BGHZ, NJW 1992, 560, f, wobei der Hinweis in der Informationsbroschüre sehr versteckt enthalten war (S.5 von 7 Seiten)).

sachliche Werbung zunächst eine Frage nach der *Form der Werbeaussage*. „Sachlich“ ist insoweit als Gegensatz zu suggestiver, emotionalisierender Werbung und „persönlicher“ Werbung zu verstehen.

Beispiele sind die Berufsordnungen der Steuerberater (§ und Wirtschaftsprüfer (§ und die Bundesrechtsanwaltsordnung (§ 43 B BRAO), die mit den Begriffen „berufswidrig“, „reklamhaft“ und „sachlich“ zunächst eine formale Sachlichkeit fordern.

Ein weiteres Beispiel ist die vergleichende Werbung, für die in Zukunft auch²⁵⁸ eine formale Sachlichkeit verlangt wird. Der Kampf der Werturteile, wie die Behauptung von MCI über den Konkurrenten „Shame on You AT & T“ bleibt also eine amerikanische Spezialität.²⁵⁹

Beim Werbebeschränkungsrecht gibt es neben den *positiven Anforderungen*, daß Werbung „sachlich“ zu sein hat, auch das explizite Verbot der Verwendung bestimmter Gestaltungsmittel.

Ein Beispiel ist das Säuglingsnahrungswerberecht (§ 3 Abs. 2 Nr. 5 SNWG²⁶⁰), das verbietet, daß für Säuglingsnahrung mit dem Bild (glücklich) lächelnder Babys geworben wird.

bb) Materiell sachliche Werbung: Verengung auf den Leistungswettbewerb

Die Rechtsprechung entnimmt § 1 UWG das Gebot *sachlicher Werbung, das auch zum Ausschluß von zutreffenden Tatsachenbehauptungen führen kann*. Die Sozial- und Ökosponsoringwerbung der Fälle IV und V ist deshalb unsachlich, weil sie das

„Interesse der Verbraucher, der Mitbewerber und der Allgemeinheit an einem an Qualität, Preiswürdigkeit und Service orientierten lautereren Wettbewerb durch Herausstellung sachfremder, nicht angebotsbezogener Hinweise (hier: auf die Notwendigkeit des Umweltschutzes) außer acht läßt.“²⁶¹

e) *Indirekte Werbung*

Der Werbeinhalt besteht hier nicht aus der Darstellung des Produkts, sondern aus der Vermeidung dieser Darstellung. Nur die Markenzeichen und der Firmennamen machen deutlich, was beworben wird. Ein Beispiel ist die Zigarettenwerbung, bei

258 Es handelt sich um formale und materielle Sachlichkeitsanforderungen: Art. 3 a Abs. 1 lit (c) und (e): Vergleichende Werbung gilt, was den Vergleich anbelangt, als zulässig, sofern folgende Bedingungen erfüllt sind:

(e) durch sie werden weder die Marken, die Handelsnamen oder andere Unterscheidungszeichen noch die Waren, die Dienstleistungen, die Tätigkeiten oder die Verhältnisse eines Mitbewerbers herabgesetzt oder *verunglimpft*; ("formale Sachlichkeit");

(c) sie vergleicht objektiv eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften dieser Waren und Dienstleistungen, zu denen auch der Preis gehören kann." ("materielle Sachlichkeit").

259 4.Kapitel

260 "Darüber hinaus ist es verboten, Werbung für Säuglingsanfangsnahrung zu betreiben, die ... 5. Kinderbilder oder andere Bilder ...enthält oder durch einen bestimmten Wortlaut den Gebrauch des Erzeugnisses idealisiert"

261 BGH NJW 1991, 701 "Biowerbung mit Fahrpreiserstattung".

der eine Plakatwand nur ein Kamel zeigt oder ein Fernsehspot, der nur den Duft der weiten Welt beschreibt (Camel; Peter Stuyvesant)²⁶². Der deutsche Gesetzgeber und die Rechtsprechung haben mit den Werbebeschränkungen und -verboten bisher die indirekte Werbung nicht erfaßt. Die Richtlinie über die Tabakwerbung zielt zum ersten Mal auch auf die indirekte Werbung, um eine Umgehung des Werbeverbots zu verhindern.²⁶³

f) *Produktspezifische Werbeinhaltsbeschränkungen*

Die Übersicht zum „produktbezogenen Verbraucherschutz“ dokumentiert Werbeinhaltsregelungen, die an das Produkt anknüpfen. Die rechtlich zuordnungsfähigen Wirkungen von Produkten können im wesentlichen den Schutzsphären des Integritäts- und des Äquivalenzinteresses zugeordnet werden.²⁶⁴ Das Kriterium „produktspezifischer Werbung“ ist das erste in dieser Gliederung, dem in der Werbelehre keine eigenständige Bedeutung zukommt. So stehen für jedes Produkt theoretisch sämtliche Werbemittel - inhalte und -träger zur Verfügung. Hier unterscheidet sich der Überblick der Strategien der Werbung vom Werbebeschränkungsrecht.

g) *Unternehmenswerbung*

aa) Begriff

Unternehmenswerbung ist Werbung, die ohne spezielle Bezugnahme auf bestimmte Produkte für Ansehen und Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt. Die Unternehmenswerbung (oder „Imagewerbung“²⁶⁵) in den Fällen „Ölverschmutzte Ente“ und „HIV-Positive“ (Fälle I und IIa) kann und soll natürlich - mittelbar - den Absatz der Produkte des Unternehmens fördern, wie die Produktwerbung den Aktienwert der Unternehmen fördern kann.^{266 267} Bei der Ab-

262 Ein weiteres Beispiel ist ein Rundfunkwerbespot über Camel-Uhren, der der Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts v. 13.7.1992 zugrunde lag und mangels eines gesetzlichen Verbots der indirekten Werbung zulässig war, GRUR Int. 1993, S. 507 f. Die Entscheidung deutet an, daß indirekte Werbung möglicherweise unter dem Gesichtspunkt der subliminalen Werbung unzulässig ist.

263 P.Lerche, Grundrechtsfragen eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots mittelbarer Werbung, 1990, S. 21 ff.

264 Kommunikationsstrategisch haben produktspezifische Einflüsse allerdings erhebliche Auswirkungen - so wird T-Shirt Werbung für weibliche Hygieneartikel (Tampons) nicht unbedingt zu einer zahlenmäßig großen Trägerbereitschaft für diese T-Shirts führen

265 Für suggestive Unternehmenswerbung hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung zu Fall I ("Ölverschmutzte Ente) den Begriff "Imagewerbung" verwandt. Damit ist aber nicht klar, ob es um das Image des Produkts oder das Image des Unternehmens geht. In Fall I "Ölverschmutzte Ente" und II a "HIV-Positive" ist überhaupt kein Bezug zum Produkt - Bekleidung - ersichtlich. Deswegen wird hier der Begriff Unternehmenswerbung gebraucht. Die obligate Mischform ist die Zeitschrift "Feinde" von Benetton, in der die arabischen, jüdischen und christlichen "Models" Benetton-Kleidung tragen.

266 BGHZ Urt.v.17.6.1992 "Ratiopharmwerbung", NJW 1992, 2964 zu einem Fall, in dem Produkt und Unternehmensname identisch waren.

267 Zur Unternehmenswerbung im Vergleich zur Produktwerbung siehe A.Demuth, Erfahrungen mit Unternehmenswerbung - Das Warum, das Woher, das Was und das Wie, MA 1992,

grenzung zwischen Produkt- und Unternehmenswerbung handelt es sich deshalb vor allem um eine Differenzierung nach *unmittelbar* und *mittelbar* angestrebten Kommunikationszielen.

Die Unternehmenswerbung ist als Werbung für den Kapitalmarkt entstanden; sie verfolgt inzwischen weitere Ziele, wie die positive Beeinflussung des „Beschaffungsmarkts“, auf dem Arbeitnehmer (Personal) nachgefragt werden.

Der Begriff „Unternehmenswerbung“ beschreibt ein *Kommunikationsziel*, für dessen Verwirklichung suggestive oder informative Werbeinhalte eingesetzt werden können. Typischerweise werden für die Unternehmenswerbung Werbemittel und Werbeinhalte verwendet, denen meinungsfreiheitlich das Minimalargument entgegengehalten werden kann.²⁶⁸

Ein Beispiel ist die Banden- oder Trikotwerbung.

bb) Rechtliche Relevanz der Unterscheidung von Unternehmens- und Produktwerbung

In einzelnen Rechtsgebieten²⁶⁹ ist die Unterscheidung zwischen Produkt- und Unternehmenswerbung rechtsfolgenrelevant.

Das trifft für das Heilmittelwerbegesetz (§ 4 Abs.5 HWG) zu, das für produktbezogene Werbung den Zusatz

„Zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage und fragen Sie ihren Arzt oder Apotheker“

verlangt, während Unternehmenswerbung nicht mit einer solcher Empfehlung („Aufsuchen des Arztes und Apothekers“) mit Warnungscharakter („Risiken und Nebenwirkungen“) versehen werden muß. Die unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich nach Ansicht des BGH dadurch, daß die Unternehmenswerbung den Verbraucher noch nicht in die Lage versetzt, ein bestimmtes Arzneimittel zu verlangen und deshalb nicht die Gefahr besteht, daß

„ein bestimmtes, in seinen Wirkungen und Nebenwirkungen vom Publikum nicht überschaubares Produkt ohne ärztliche Aufsicht oder mißbräuchlich angewandt werden könnte oder daß die Abgabe solcher Arzneimittel ohne eine beratende Tätigkeit des Apothekers erfolgen könnte.“²⁷⁰

S. 532 und derselbe/T.F. Gabert/G. Richter, Unternehmenswerbung, 1984, S. 16, 18, 36 ff., die darauf aufmerksam machen, daß die Kenntnis vom Anbieter, seines Produkts, wofür der Anbieter steht, welche Kunden er bedient, welchen Ruf er genießt, Absatzvoraussetzung ist. Zur Einordnung bezahlter Unternehmenswerbung auch in den public relations Bereich siehe Ch.Frauscher/B.Signitzer, Unternehmenswerbung, eine neue Form von Werbung setzt sich durch, Media Perspektiven 1991, S. 291, 293

268 Dazu siehe im 7.Kapitel.

269 Siehe zum Baurecht unter I 3c).

270 BGHZ NJW 1995, 1617,f für einen Hörfunkwerbespot, der einen Unternehmensnamen nannte "ratio". Die Produkte wurden unter Bezeichnungen vertrieben, die den Unternehmensnamen als Bestandteil hatten. Siehe bereits BGHZ, Urt.v.17.6.1992, zur "Ratiopharmwerbung", NJW 1992, 2964 = GRUR 1992, S.873..

Diese Unterscheidung soll auch dann gelten, wenn *der Unternehmensname Bestandteil des Produktnamens* ist, was im Fall „Ratiopharm“ vorlag. Die Abgrenzungsschwierigkeiten können demzufolge nur unter Rückgriff auf die Teleologie des jeweilig einschlägigen Rechtsgebiets und auch nur für dieses gelöst werden.

cc) Unterscheidung von Unternehmenswerbung, Sponsoring, und Public Relations

(Definitive) Abgrenzungsschwierigkeiten der Unternehmenswerbung bestehen auch im Verhältnis zu Public Relations und Sponsoring, weil jede Form der Selbstdarstellung des Unternehmens als Sponsor

(vor allem Fall IV - Sozialsponsoring; beim Ökosponsoring des Fall V ist durch die Zugabe auch ein Produktbezug geschaffen)

oder als Kommentator etwa zu wirtschaftlichen, ökologischen, politischen und kulturellen Entwicklungen, die eben Public Relations betreffen (siehe unter IV)

(Ein Beispiel ist bereits erwähnte Togonalwerbung, wo der Vorstandsvorsitzende unter Beifügung des Togonal Logos gesellschaftliche Fehlentwicklungen kommentierten)

werbende Wirkung für das Unternehmen haben kann.

Es wird deshalb eine werbeträger- und -mittelspezifische Einschränkung des Definitionsbereichs vorgeschlagen. Unternehmenswerbung ist demzufolge eine „*bezahlte*, aus einer qualifizierbaren Quelle kommende Botschaft vorzugsweise²⁷¹ in einem *klassischen Werbemedium*, mit der das Ziel verfolgt wird, ein Unternehmen bekannt zu machen und Akzeptanz herzustellen.“²⁷²

Der Unterschied zu Public Relations könnte ergänzend und grundsätzlich darin gesehen werden, daß ein Unternehmen, *das über sein Internum* kommuniziert, Unternehmenswerbung betreibt. Soweit es externe Angelegenheiten (des öffentlichen Interesses) kommentiert, handelt es sich um Public Relations. Die „ölverschmutzte Ente“ in Fall I, die keinen Bezug zum Produkt der Firma Benetton hat, wird demzufolge nur deshalb als „Unternehmenswerbung“ qualifiziert, weil sie über einen *klassischen Werbeträger* (Zeitung, Plakatwand) und ein *klassisches Werbemedium* (Anzeige) kommuniziert wird. Auch diese Zuordnungen können in der Praxis nur Orientierungshilfen bieten.

(1) *Klassik des Werbeträgers*. Die Schwäche dieser Berufung auf die „Klassik“ des medialen Werbeträgers zeigt sich, wenn Benetton in Zusammenarbeit mit den Verlegern von „Newsweek“ ein circa 80 seitiges Supplement²⁷³ mit dem

271 Wobei bei anderen Medien im Einzelfall geprüft werden muß, ob es sich um Unternehmenswerbung oder Public Relations handelt.

272 In Abänderung von Ch.Frauscher/B.Signitzer, Unternehmenswerbung, eine neue Form von Werbung setzt sich durch, Media Perspektiven 1991, 291, 293: „*bezahlte*, von einer qualifizierbaren Quelle kommende Botschaft in einem *klassischen Werbemedium*, mit der das Ziel verfolgt wird, den "Sponsor" bekannt zu machen und Akzeptanz herzustellen"

273 Redaktionell aufgemachte Beilage, die einer Zeitung beigelegt wird.

Titel²⁷⁴ „Feinde“ zum Verhältnis der unterschiedlichen Bevölkerungsgruppen Israels unter Einschluß von redaktionellen Beiträgen erstellt und Alltagsmenschen abgebildet werden, die die Produkte Benetton's in nicht klar erkennbarer Weise präsentieren. Es ist sicher eine bezahlte Publikation. Sie wirbt mit unternehmensexternen Inhalten, nämlich dem Thema „Feinde“. Sie enthält - unaufdringlich kaschierte - Restelemente von Produktwerbung und hebt sich insgesamt entscheidend über das Niveau der Interessentenpresse.²⁷⁵ Die „Klassik“ dieses Werbemittels fehlt; die Innovation ist so sicher, daß kein Menschenrechtskanon umhinkommt, dieses Erzeugnis als „Presse“ in den medialen oder äußerungsfreiheitlichen Schutzbereich aufzunehmen.

(2) *Inhaltliche Unterscheidung von Interna und Externa.* Ein zweiter Kritikpunkt ist die inhaltliche Unterscheidung von Interna und Externa. Maßgeblich für Public Relations sind das „öffentliche Interesse.“²⁷⁶ Es handelt sich um einen so weiten und zeitabhängigen Begriff, der sich natürlich - man denke an Grenzwertüberschreitungen bei Emissionen - oft gerade auf Interna erstreckt. Umgekehrt scheint es geradezu unvermeidbar, daß gerade große und/oder Daseinsfürsorgeunternehmen, die ihre Unternehmenspolitik darstellen, Kommunikationen von öffentlichem Interesse übermitteln. Bei Großunternehmen, die besonders umweltrelevant sind - Chemie, Energieversorgung, Mineralöl - wären viele Unternehmenswerbungen dann als „Public Relations“ zu qualifizieren. Ein anderes Beispiel ist der Markt für hormonale Kontrazeptiva, auf dem ein Unternehmen - ohne Nennung des Produktnamens - in Jugendzeitschriften für Beratungsgespräche beim Frauenarzt warb;²⁷⁷ auch hier ist der unternehmensexterne Bezug zu bejahen. Bei einer so gewählten inhaltlichen Betrachtungsweise ist eine Trennung von Unternehmenswerbung und Public Relations nicht mehr möglich.

Für diese Arbeit, die die rechtliche Behandlung von kommerzieller Sprache zum Gegenstand hat, wird das *Abstellen auf eine Gegenleistung, die für die Verbreitung der Sprache angeboten wird („bezahlt“)*,²⁷⁸ vorgeschlagen. Das Sponsoring wird eine Spezialität, weil der Gesponserte für das Recht der Werbung mit seinem Namen bezahlt oder gefördert wird. Die Public Relations werden demzufolge dadurch gekennzeichnet, daß sie ohne Entgelt für die (mediale) Wiedergabe erfolgen. Für eine rechtliche Bewertung muß es grundsätzlich einen Unterschied machen, ob der Äußernde bei entgoltenen Public Relations „Herr“ der Äußerung bleibt, oder unabhängige Medien über die Form und den konkreten Inhalt der Sprache entscheiden (Fremddarstellungsszenario). Diese grundsätzliche Unterscheidung von „bezahlten“ und anderen *Werbewirkungen* schließt aber nicht aus, daß in Einzelfallbetrachtungen erwogen werden muß, ob im konkreten Fall eine irgendwiegeartete und mittelbare Gegenleistung erfolgt ist oder nicht.

Das ist der Fall, wenn Public Relations Material in der Form eines Berichts Redaktionen angeboten wird, bei denen Werbeaufträge vorliegen und deshalb bei

274 Die 1998 als Beilage der FAZ vertrieben wurde.

275 5. Kapitel II 2c).

276 IV.

277 BGHZ, Urt.v.17.6.1992, "Femovan", NJW 1992, 2697,f.

278 Differenzierter zu werbungsakzessorischen und nicht werbungsakzessorischen Public Relations unter IV.

lebensnaher Betrachtung die Erwartung, daß das Public Relations Material (unverändert und ungeprüft) abgedruckt wird, naheliegt.²⁷⁹

h) Schutz vor irreführender Werbung nach § 3 UWG und das Fehlen einer wettbewerbsrechtlichen Fallgruppe der „wahrheitsgemäßen Werbung

aa) Schutz vor irreführenden Angaben nach § 3 UWG

Wenn keine speziellen Vorschriften über den Schutz vor irreführender Werbung (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 LMBG) existieren, dann bleibt der Rekurs auf § 3 UWG als kleine wettbewerbsrechtliche Generalklausel.²⁸⁰

„Wer **im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse**, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlaß oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte **irreführende Angaben macht**, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden.“

Zentral ist die Frage, wann Angaben irreführend sind. Die Gleichungen

- jede unzutreffende Sprache ist irreführend und

- jede zutreffende Sprache ist nicht irreführend,

stimmen allenfalls als Faustregel.²⁸¹ Allein der grammatische Unterschied von „unzutreffenden Angaben“ und „irreführenden Angaben“ deutet auf einen rechtlichen Unterschied hin. Auch die historische Auslegung spricht für den Unterschied, weil²⁸² die Vorläufervorschrift nur

„unrichtige Angaben über geschäftliche Verhältnisse“

279 Dazu siehe unter V 5b cc) dd).

280 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., § 3 Rn. 121. Verstöße gegen spezielle Werberegulungen (§ 17 Abs.1 Nr.5 LmBG, vorgebliche Wirkungen eines Lebensmittels), die vor Irreführung schützen, beanspruchen als Spezialgesetze sachlichen Vorrang vor § 3 UWG (BGH Beschl. v.26.6.1997 "Hochgewächs" EuZW 1998, 415 f in einer Vorlageentscheidung an den EuGH zu dem Vorrang gemeinschaftsrechtlicher Kennzeichnungsregelungen der Schaumweinverordnung unter Berufung auf BGH GRUR 1982, 423 f "Schloßdoktor/Klosterdoktor; anders noch OLG Hamburg Urt.v.3.9.1987 "Nan-YU-Tee" GRUR Int. 1988, 254, das den Verstoß gegen die Irreführungsvorschrift des § 17 Abs. 1 Nr.5 a LMBG als Sittenverstoß nach § 1 UWG würdigt). Zu den unterschiedlichen Regimen des Schutzes vor Irreführung in der Praxis siehe M.D.Forstmann, Arzneimittel, Lebensmittel, diätetische Lebensmittel und Nahrungsergänzungsmittel - Abgrenzung und Werbung, GRUR 1997, 102, 107. Neben dieses "speziellen" Tatbeständen hat § 3 UWG nur eine in der Praxis nicht bedeutsame "Auffangfunktion", das der Schutz vor Irreführung bei produktspezifischen Werbeinhaltsbeschränkungen grundsätzlich strenger ist als die Rechtsprechung, die § 3 UWG konkretisiert. Zur Rolle von § 1 UWG beim Schutz vor Irreführung nach § 3 UWG J.Keßler, Wettbewerbstheoretische Aspekte des Irreführungsverbot - eine ökonomische und dogmengeschichtliche Analyse, WRP 1990, 73, 80 ff.

281 Fraglich ist, wie das Gemeinschaftsrecht das Verhältnis von Wahrheit und Irreführung erachtet. In der "Nissan-Entscheidung" EuGH Rs. C-373/90 Ermittlungsverfahren gegen X Slg. 1992, I-131, Tz.9 und Tz. 17 findet sich die Aussage. "... so ist festzustellen, daß eine solche Angabe nicht als irreführende Werbung betrachtet werden kann, wenn sie der Wahrheit entspricht."

282 So Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl. § 3 , Rn. 21.

untersagte. *Der objektive Begriff der „Unrichtigkeit“ wurde so durch den von den Rezipienten beeinflussten, subjektiven Begriff der „Irreführung“ ersetzt.* Das hat den Vorteil, daß das Risiko der Nichterweislichkeit der Wahrheit von Sprache grundsätzlich dem Kommunikator überlassen wird. Der Kläger muß „nur“ die Geeignetheit der „Angabe“ zur Irreführung nachweisen;²⁸³ der Beweislast für die Frage, inwieweit eine Aussage tatsächlich falsch ist, kann er so entzogen werden.²⁸⁴ Für die Koordinaten „zutreffend“ und „irreführend“ - und damit das Verhältnis von Wahrheitsgehalt und Irreführungspotential von Sprache - gibt es vier mögliche Relationen, nämlich

- (1) „zutreffend/nicht irreführend“;
- (2) „zutreffend/irreführend“
- (3) „nicht zutreffend/irreführend“
- (4) „nicht zutreffend/nicht irreführend“.

Eine „zutreffende“ und „nicht irreführende“ Werbung muß höchsten Schutz genießen und ist derzeit nur noch bei den Ärzten und Notaren untersagt. Ein so weitgehendes Werbeverbot kann seine Rechtfertigung nur durch den Schutz überragend wichtiger Allgemeinwohl- oder Individualbelange finden.²⁸⁵ Das Ziel von Werbeverboten ist nicht der Schutz vor Irrtum, sondern die Vorbeugung einer *Verunsicherung* der Rezipienten, die an der Neutralität des Notars oder der primär medizinisch-helfenden Einstellung des Arztes zweifeln könnten. Einer *konkreten* Irreführung können diese Werbeverbote nicht begegnen, weil die Werbung wegen ihrer abstrakten Eignung zur Irreführung im Vorstadium der Äußerung verboten wird. § 3 UWG ist hier nicht einschlägig.

Unter dem Aspekt *des Schutzes vor Irreführung* sind deshalb nur die Konstellationen (2) - (4) von weiterem Interesse. Eine Voraussetzung einer weiteren Erörterung ist die Klärung, welchen Inhalt „*Angaben*“²⁸⁶ im Sinne von § 3 UWG haben. § 3 UWG schützt nur vor der Irreführung durch „Angaben“ und schließt so „*nicht nachprüfbare Anpreisungen*“ aus. Im Verfassungsrecht werden solche Äußerungen als „Werturteile“ erfaßt. Auch die Schlußfolgerung, daß § 3 UWG nicht vor einer Irreführung durch Werturteile schützt, wäre allenfalls eine Faustregel. Der Irreführungsschutz dominiert nämlich *teleologisch* auch den Begriff der „Angabe“. So wird „Werturteilen“ („Meinungen“) zum Schutz vor Irreführung sehr viel früher ein (nachprüfbarer) Tatsachekern zugestanden als bei der Ab-

283 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. § 3 Rn. 119 ff.

284 Siehe etwa zur Werbung mit wissenschaftlichen Gutachten BGH GRUR 1961, 189 "Rippenstreck-Metall".

285 7.Kapitel.

286 Allgemein zur Rechtsprechungs- und Gesetzesentwicklung A.Meyer, Die anlockende Wirkung der irreführenden Werbung, 1990, S. 28- 43 ff, die nachweist, daß die Kausalität der Angabe für die Entschließung der Verbraucher immer weiter ausgedehnt wurde..

grenzung von „Tatsachenbehauptung“ und „Werturteil“ im Verfassungsrecht.²⁸⁷ Auch, was eine „Angabe“ ist, wird damit von der Verkehrsanschauung bestimmt.

bb) Zutreffende und irreführende Werbung

Es sind eine Reihe von Beispielen bekannt²⁸⁸, in denen „*zutreffende Sprache*“ zu einem „*Irrtum*“ der Rezipienten „*führt*“. Es handelt sich bei der Schilderung dieser Fallgruppen nur um eine Grobgliederung, die bereits deutlich macht, daß ein bestimmtes Vorverständnis zu den Begriffen „*zutreffende Sprache*“ und „*Irrtum*“ existieren muß. Charakteristisch für die zutreffende Sprache, die zu Irrtümern führt, ist, daß sie *unvollständig* oder *mehrdeutig* ist. Für die Bejahung des Kriterium „*Irreführung*“ trägt das Wettbewerbsrecht der Kommunikationssituation Rechnung, wenn nicht nachgewiesen werden muß, daß alle Rezipienten tatsächlich infolge der Werbung irren, sondern daß ein bestimmter Anteil von Rezipienten voraussichtlich getäuscht wird. Es reicht also die *Eignung* zur Irreführung aus.

(1) Unvollständige Sprache, die sogenannten „Halbwahrheiten“²⁸⁹.

Eine Werbung, die mit der Qualitätsangabe „Seide“ wirbt, ist unvollständig, wenn es sich um „Kunstseide“²⁹⁰ handelt. Der Verkehr erwartet einen biologisch, und nicht chemisch produzierte Stoff.

Das Problem bei „unvollständiger Sprache“ ist, inwieweit der Werbende zur Ergänzung seiner Aussagen verpflichtet werden kann. Es gibt, wie oben geschildert, *einzelgesetzliche Substantiierungs- und Hinweispflichten*, die zu einer speziellen Qualität und Quantität der Tatsachenangaben in der Werbung führen. Soweit also diese speziellen Vorgaben erfüllt sind, gilt der Vorrang der Norm gegenüber der kleinen Generalklausel des § 3 UWG²⁹¹, die durch die Rechtsprechung konkretisiert wird.²⁹²

§ 3 UWG enthält keine Verpflichtung zur Vollständigkeit der Werbung; der Rechtsverkehr erwartet, wenn man der Kommentarliteratur folgt, von der Werbung keine umfassende Information über die Vor- und *Nachteile* eines Produkts.²⁹³ *Soweit* aber Vorteile des Produkts geschildert werden, müssen

287 Vergleiche BVerfGE... "Die CSU ist die NPD Europas", das ein verfassungsrechtlich zulässiges Werturteil darstellt auf der einen und "Königlich Bayerische Weise" BGH GRUR 1992, 66 als Bezeichnung für ein Bier, das nach der Ansicht des BGH eine nachprüfbare Aussage enthalten soll.

288 R.Sack, Irreführende Werbung mit wahren Angaben, GRUR 1997, 461 - 471 mit einer anderen Gliederung, aber vielen Beispielen, auf die im folgenden zurückgegriffen wird.

289 Wobei auch der Begriff der hälftigen Wahrheit nicht überzeugt. Siehe mit weiteren Beispielen Ch.Daunricht-Hoffrichter, Die "halbe" Wahrheit - Irreführung durch lückenhafte Werbung, 1984.

290 BGH GRUR 1955, 37, 40 "Cupresa-Seide"..

291 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. § 3 Rn.1.

292 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. § 3 Rn. 98 f; siehe aber auch Rn. 100, zu sprachlichen Übereinkommen der Wettbewerber und der behördlichen Terminologie.

293 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. § 3 Rn.47 f m.w.N..

diese so substantiiert geschildert werden, daß Irrtümer der Rezipienten vermieden werden. § 3 UWG kann in solchen Fällen mittelbar²⁹⁴ zur substantiierenden Ergänzung des Werbeinhalts führen. Die Grenze zwischen der Vermeidung von Irrtümern und der Verpflichtung zu einer (größeren) Vollständigkeit der Angaben, die der Wahrheit nahekommt, ist freilich fließend.

- (2) *Mehrdeutige Sprache.* Die Grenzen zwischen unvollständiger und mehrdeutiger Sprache sind fließend. Die Unterscheidung wird hier danach getroffen, ob der Rechtsverkehr grundsätzlich eine ergänzende Klarstellung erwartet oder die **Notwendigkeit** dieser Klarstellung erst durch die streitbefangene Benutzung des Begriffs deutlich wird.

Bei der Verwendung von „Seide“ ohne den Zusatz „Kunst“, ist für jede Hausfrau deutlich, daß die Trageeigenschaften, Pflege und Haltbarkeit von Natur- und Kunstseide so unterschiedlich sind, daß die Bezeichnung „Seide“, wenn es sich um Kunstseide handelt, irreführend ist. Anders verhält es sich dagegen mit der Bezeichnung „Doktor“ oder „Professor“ in der (Heilmittel-) Werbung. Es handelt sich um Titel, die für sich selber stehen. Erst der konkrete Zusammenhang, nämlich die Werbung etwa eines promovierten Juristen für Heilmittel oder eines **außerordentlichen** Professors, der seinen Titel unter „Voraussetzungen“ an einer ausländischen Universität erhält, die mit deutschem Hochschulrecht nicht vergleichbar sind, zwingen zur verdeutlichenden Ergänzung des dann ambivalenten Begriffs²⁹⁵ - daß es sich um einen Dr. jur. handelt oder einen außerordentlichen Professor der Universität X in Y.

- (3) *Irreführung als Folge einer Sphären- und Interessenbewertung von Kommunikator und Rezipient.* Die Fallgruppen der unvollständigen und zweideutigen Sprache sind Beispiels, wann eine Irreführung trotz per se zutreffender Angaben vorliegt. Ihr Irreführungspotential wird anhand der Eignung der Werbung für die Täuschung eines bestimmten Teils der Rezipienten ermittelt. Im Bereich der kommerziellen Sprache tritt die „Meinungsfreiheit“ des Kommunikators so abstrakt und kategorisch hinter die Interessen der Rezipienten²⁹⁶ zurück, wenn die Sprache geeignet ist, bei den Rezipienten einen **Irrtum** herbeizuführen oder aufrechtzuerhalten.²⁹⁷ § 3 UWG markiert so den grundsätzlichen Antagonismus zwischen verfassungsrechtlichem Meinungs-

294 Weil die Werbung ohne diese Ergänzungen einem Unterlassungsanspruch unterliegt. Zu den Fällen, in denen das bürgerliche Recht vorvertragliche Aufklärungspflichten bejaht und deshalb das Verschweigen der diesbezüglichen Tatsachen den Tatbestand einer "irreführenden" Werbung konstituiert, Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. § 3 Rn. 48.

295 R.Sack, Irreführende Werbung mit wahren Angaben, GRUR 1997, 461. BGH Urt.v.9.10.1997 NJW 1998, 822 "Professorenbezeichnung in der Arztwerbung".

296 Wobei die Systematik des UWG diese Rezipienteninteressen als Bestandteile des Allgemeinwohls schützt, die von den nach § 13 Abs. 2 UWG Klagebefugten geltend gemacht werden können.

297 Zur sogenannten "fortwirkenden Irreführung" Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. § 3 Rn. 55 und R.Sack, Irreführende Werbung mit wahren Angaben, GRUR 1997, 461, 467 zur "Ei-fein-Doktrin", bei der ein Hersteller von Margarine den Zusatz von bis zu 1% Eigelb besonders und irreführend herausstellte und deshalb spätere, eigentlich zulässige Werben wegen der Perpetuierung des "Irrtums" für unzulässig erklärt wurden.

freiheits- und Wettbewerbsrecht. Das innerste Petikum der Meinungsfreiheit, daß nämlich zutreffende Sprache unbeachtlich ihrer Folgen für die Rezipienten immer geäußert werden darf, wird bei der kommerziellen Sprache durch den Empfängerhorizont eingeschränkt. Zuerst wird festgestellt, ob die Sprache irreführend ist, erst dann wird mit einer Interessenabwägung begründet, inwieweit das Kommunikationsinteresse des Werbenden und das Informationsinteresse der intelligenten und sorgfältigen Rezipienten gegenüber dem Schutz von weniger intelligenten und flüchtigen Durchschnittsrezipienten überwiegt. **Zutreffende Sprache steht also grundsätzlich unter dem Vorbehalt: „nicht irreführend“.** Es überrascht den Verfassungsrechtler genauso, wie es die Wettbewerbsrechtler voraussetzen scheinen, daß es weder bei § 1 noch bei § 3 UWG eine Fallgruppe „wahrheitsgemäße Werbung“ gibt.²⁹⁸ Der Wahrheitsgehalt der Werbung ist (oft im Gewand des „Informationsinteresses“ der Rezipienten) nur *ein* Element, das bei der § 3 UWG zugrundeliegenden Interessenabwägung eine Rolle spielt.²⁹⁹

cc) Kriterien für die Feststellung des Irreführungspotentials

Das Detailproblem, mit dem das Wettbewerbsrecht konfrontiert ist, ist die Bestimmung des irreführenden Potentials von Sprache. In einer verfassungsrechtlichen Perspektive sind hier nur die grundsätzlichen Strukturen von Interesse; zur Behandlung der oft strittigen Einzelfragen kann auf die Kommentarliteratur zum Wettbewerbsrecht verwiesen werden. Folgenden Thesen beherrschen die wettbewerbsrechtliche Diskussion:

(1) Das deutsche Werberecht bietet einen sehr großen Schutz vor Irreführung.

Das deutsche Werberecht wird als strenges Werberecht aufgefaßt, das nicht nur versucht, **(a) konkret irreführende Sprache einzuschränken** sondern sogar **(b) versuchte, der Äußerung abstrakt irreführender Sprache** vorzubeugen.

(a) Einschränkung (konkret) irreführender Sprache. Das Irreführungspotential wird unter Bezug auf das Verständnis der Verbraucher-Rezipienten - und nicht das der Mitbewerber - ermittelt. Methodisch ist zunächst zu klären,

- an welche Verkehrskreise sich die Werbung richtet;
- wie diese Kreise den Sinn der Werbeangabe „ungezwungen verstehen“;

298 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl., § 3 UWG S. 838 ff und § 1 UWG 397 ff; Fall I wird deshalb nur als "geschmacklose" Werbung erörtert. Siehe auch Lindacher, in: R.Jakobs/W.Lindacher/O.Teplitzky, UWG, Großkommentar, 1992, § 3, wo selbst das Stichwort "wahrheitsgemäßer Werbung" fehlt, und wo § 3 UWG als "grundrechtsinhaltsprägend" für Art. 5 Abs. 1 GG bezeichnet wird (§ 3 Rn. 10).

299 BGH Urt.v.19.9.1996 GRUR 1997, 304, 306 "Energiekostenpreisvergleich II" zum Abdruck einer Erfassung von Angaben zur Kostenentwicklung von Energieträgern, die vom Statistischen Bundesamt erstellt wurde, in einer Heizölwerbung. Dafür plädierend Lindacher, in: R.Jakobs/W.Lindacher/O.Teplitzky, UWG, Großkommentar, 1992, § 3 Rn. 10.

- inwieweit diese bei einem „nicht unbeachtlichem Teil“ erweckte Vorstellung von der Realität (des Produkts oder Unternehmens) abweicht;
- ob dieser Irrtum für die Entschließung der Verkehrskreise relevant ist.³⁰⁰

Das Hauptproblem, das psychologische und philosophische Dimension annimmt, ist die Ermittlung des „nicht unbeachtlichen Teils der Verkehrskreise“ und die Kommentarliteratur und Rechtsprechung machen dieses Problem nicht unbedingt kleiner, wenn sie *theoretisch strikt an einer Einzelfallbetrachtung*³⁰¹ festhalten. Grundsätzlich soll - nach der Kommentarliteratur - bei einer Werbung, die sich an das breite Publikum (nicht an das Fachpublikum) wendet, ein Anteil von 5% der Irrenden unbeachtlich sein, weil das auch der Satz der demoskopisch und demographisch ermittelten Personen mit „Hilfsschülerniveau“ sei.³⁰² Situativ sei zudem auf den „*flüchtigen Durchschnittsbeobachter*“, und nicht auf den „*umsichtigen und kritisch prüfenden Verbraucher*“ abzustellen.³⁰³ Zusätzlich macht die Rechtsprechung die Höhe des Prozentsatzes vom beworbenen Produkt abhängig. So wird beispielsweise bei „*gesundheitsbezogener Werbung*“ empirisch und wertungsmäßig ein geringeres Irreführungspotential als ausreichend erachtet als bei anderen Werbeinhalten. Spitzenwerte erreicht das Heilmittelwerberecht, mit einer als ausreichend angenommenen Irreführung von 2,75 % der Befragten,³⁰⁴ im übrigen sind bisweilen ca. 20 % der Befragten, die unzutreffende Vorstellungen entwickeln, ausreichend.³⁰⁵ Speziell bei den berüchtigt niedrigen Irrefüh-

-
- 300 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl., § 3 Rn. 30; Beispielsfälle, in denen die Relevanz fehlt bei R.Sack, Irreführende Werbung mit wahren Angaben, GRUR 1997, 461, 468.
- 301 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. § 3, Rn. 28, 32. Es handelt sich aber wirklich nur um grundsätzliche Erwägungen, die auf die *einzelne* Rechtsprechung nicht zutreffen. Ein Beispiel, in dem der BGH auf den informierten Verbraucher abgestellt hat, ist BGH Urt.v.19.9.1996 GRUR 1997, 304, 306 "Energiekostenpreisvergleich II", wo der BGH von den Rezipienten nicht nur die Kenntnis des Unterschieds von "Kosten der Energieträger" und "Kosten des Anschlusses" (Ölspeicher und Brenner auf der einen, Anschlußkosten an das Gasversorgungsnetz auf der anderen Seite) verlangt, sondern angesichts der vermeintlichen Bedeutung der Information (die nicht vollständig ist, weil sie gerade auf das unterschiedliche Niveau der Bezugskosten frei Leitung nicht hinweist) ohne weitere empirische Untersuchung das "Informationsinteresse dieser Leser nicht hinter möglichen Mißverständnissen flüchtiger und uninteressierter Leser zurücktreten" lassen will (306). Mit den unterschiedlichen Maßstäben hängt auch die grundsätzliche Kritik zusammen, daß die Rechtsprechung insgesamt nicht kohärent und vielleicht sogar nicht schlüssig ist.
- 302 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. § 3 Rn. 32. Differenzierender und allgemein zur Problematik empirischer und normativer Ermittlung der Anzahl der irreführten Konsumenten (und zur revisionsrechtlichen Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage Fn. 27) H.Büttner, Die Irreführungsquote im Wandel, GRUR 1996, 533, 537, der bei unter 15 % auch die Grenzen soziologischer und demoskopischer Empirie erreicht sieht. Zum fehlenden Anspruch auf Einholung eines demoskopischen Gutachten im Einzelfall BGH Urt.v.19.9.1996 GRUR 1997, 229 f "Beratungskompetenz".
- 303 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl., § 3 Rn 33.
- 304 Eine Fallübersicht zu irreführenden, gesundheitsbezogenen Werbeangaben bietet M.D.Forstmann, Irreführende Werbung - Stolpersteine für das Pharmamarketing, PharmaR 1991, 2, ff. Siehe auch die Nachweise bei Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl., § 3 Rn 27 aus denen sich Indizien für die 20 % Marke ergeben können. Die Rechtsprechung behält es sich aber vor, im Einzelfall zu entscheiden, ob die Irreführungsgefahr empirisch oder normativ ermittelt wird (BGH Urt.v.19.9.1996 GRUR 1997, 229 f "Beratungskompetenz").
- 305 BGH GRUR 1995, 60 "Napoléon IV" lehnt eine relevante Irreführungsgefahr bei 12- 18 % der Verbraucher ab, wenn sie die Bezeichnung "Napoléon" als Bezeichnung für "Cognac" interpretieren und es sich ausweislich des Etiketts "Weinbrand" handelt.

rungsquoten der deutschen Rechtsprechung setzt die gemeinschaftsrechtliche Kritik ein (siehe unter 2).

- (b) *Vorbeugung der Äußerung von abstrakt irreführender Sprache.* Wie weit der deutsche Gesetzgeber der Wahrheitsliebe der Werbenden und der *Einsichtsfähigkeit* der Rezipienten mißtraute, ließ sich am inzwischen aufgehobenen § 6 e UWG³⁰⁶ ablesen. So hatte der deutsche Gesetzgeber mit § 6 e UWG alter Fassung ein *abstraktes Gefährdungsdelikt* geschaffen, das auch wahrheitsgemäße Eigenpreisvergleiche zwischen früher geforderten und nunmehr reduzierten Preisen wegen der abstrakten Gefahr des Anlockens von Kunden untersagungsfähig machte. Diese Vorschrift hat der warenverkehrsfreiheitlichen Prüfung des EuGH (Art. 30 EGV) nicht genügen können.³⁰⁷

- (2) *Das andere Verbraucher“leitbild“ des Gemeinschaftsrechts.* Die deutsche Rechtsprechung unterliegt bei der Konkretisierung von § 3 und § 1 UWG der Kontrolle des EuGH, weil die Verpflichtung zur Unterlassung von Werbung ein Hindernis für die Wahrnehmung von Grundfreiheiten darstellen kann.³⁰⁸ Die deutsche Rechtsprechung hatte mehrfach erlebt, daß „*Verbraucherleitbilder*“³⁰⁹, die deutsche Gerichte für § 3 UWG und für die Verwechslungsgefahr bei der Verwendung ähnlicher Marken³¹⁰ kreiert haben, der Überprüfung durch den EuGH nicht standhielten.³¹¹

306 6.Kapitel I.

307 6.Kapitel I; EuGH Urt. v. 18.05.1993 Rs.C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361.

308 Speziell im Bereich der Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 EGV), auf die sich diese Arbeit im 6. und gemeinschaftsrechtlichen Kapitel konzentriert, haben sich durch die jüngere "Keck-Rechtsprechung" des EuGH für den Bereich des *nicht harmonisierten Werberechts* größere Freiräume für die mitgliedstaatlichen Gerichte ergeben. So etwa OLG Dresden Urt.v.21.1.1997, GRUR 1997, 231, 233 "Neuwagen" zu den werblichen Substantiierungspflichten beim Verkauf von aus der EG-eingeführten Wagen, die eine kürzere Garantiefrist haben.

309 Man kann hier schon sehr skeptisch sein, ob die auf den Einzelfall bezogene, deutsche Rechtsprechung so ein Verbraucherleitbild überhaupt kennt.

310 EuGH Urt.v.29.3.1993 Rs.C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb e.V./Clinique Laboratoires SNC und E. Lauder Cosmetics GmbH Slg. 1994, I-317; EuGH Urt.v.13.12.1990 Rs. C-238/89 Pall Corp./P.J.Dallhausen & Co. Slg. 1990, I-4827.

311 In der Rechtssache "Mars" (EuGH, Urt.v.6.7.1995, Rs.C-470/93, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH, EuZW 1995, 611,f) war der Gerichtshof mit einer im Rahmen einer kurzzeitigen Werbekampagne veränderten Verpackung eines Eiscremesnacks, die den Aufdruck "+ 10 %" trug, befaßt. Der EuGH hat auf eine mögliche Rechtfertigung nach dem Cassis-Test (6.Kapitel) abgestellt, nach dem Verbraucherschutz wie auch die Lauterkeit des Handelsverkehrs grundsätzlich zu den *zwingenden* Gründen gehören, die eine "Maßnahme gleicher Wirkung" rechtfertigen können. Darüber hinaus muß aber die Wahrung von Verbraucherschutz und Lauterkeit des Handelsverkehrs im Einzelfall in einen "angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen und dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden können, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken." Als Hauptvorwurf wurde im Fall "Mars" das Irreführungsargument erhoben - zum einen könnten Einzelhändler den Preis erhöhen, obwohl der Aufdruck "+ 10%" gleichbleibenden Preis bei mehr Inhalt suggeriere; zum anderen sei die optische Gestaltung des farbigen Balkens auf der Verpackung, auf dem sich der Hinweis "+ 10 %" befinde, irreführend, weil der Balken mehr als 10 % des Volumens umhülle. Weder die Gefahr, daß einzelne Einzelhändler die Preise erhöhen hat der EuGH als ausreichende Rechtfertigung für

Der Schutz vor Irreführung ist durch mehrere Richtlinien zur irreführenden und vergleichenden Werbung sowie zur Werbung mit Marken³¹² harmonisiert. Der für die Praxis häßliche Fehler, der diesen Richtlinien anhaftet, ist, daß sie weder den Prozentsatz der empirisch ermittelten Verkehrskreise festlegen noch die richterliche Wertung als Bewertungsgrundlage festschreiben³¹³ noch über die situative Intelligenz eines flüchtigen Durchschnittsbeobachters oder informierten und rational handelnden Verbrauchers grundsätzlich aufklä-

ein generelles ex-ante Verpackungsverbot angesehen, noch den Verbraucherschutz so weit gefaßt, wie ihn das deutsche Gericht erwog: *"Von verständigen Verbrauchern kann erwartet werden, daß sie wissen, daß zwischen der Größe von Werbeaufdrucken, die auf eine Erhöhung der Menge hinweisen, und dem Ausmaß dieser Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht"*. Dazu K.H.Fezer, Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot als normatives Modell des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht, WRP 1995, 671, 676 f.

- 312 Richtlinie 84/450/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung v. 10.9.1984, ABl. 1984, Nr. L 250/20 und zur vergleichenden Werbung Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.10.1997 ABl. Nr. L 290/18; siehe auch Art. 2 Abs. 3 lit.b der Richtlinie des Rates v. 18.12.1978 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von für den Endverbraucher bestimmten Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür (79/112/EWG) Nr. L33/1 und Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG) v.21.12.1988 ABl. Nr. L 40/1 und Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke v. 20.12.1993 ABl. 1994 Nr. L 11/1 und das Umsetzungsgesetz Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen v. 25.10.1994 (Schönfelder Nr. 72).
- 313 Die viel zitierte "Nissan-Entscheidung" EuGH Rs. C-373/90 Ermittlungsverfahren gegen X Slg. 1992, I-131, Tz.9 und Tz. 15 verlangt objektive Kriterien und eine erhebliche Zahl getäuschter Verbraucher. Es ist aber strittig, ob es sich hier um einen sekundärrechtlich determinierten Mindestschutz handelt oder um eine sekundärrechtliche Begrenzung des Maximalschutzes (für ersteres R.Sack, Die Bedeutung der EG-Richtlinien 84/450/EWG und 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung für das deutsche Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1998, 263, 269 m.w.N., der nach hier vertretener Ansicht verkennt, daß die Clinique-Entscheidung die Richtlinie über die irreführende Werbung selbst an der Grundfreiheit mißt und es sich deshalb um einen maximalen Standard handeln muß). Das Gegenstück zur Täuschungsgefahr bei vorgeblich irreführender Werbung ist die Verwechslungsgefahr bei der Benutzung von Marken. Der gleiche Rezipient, der vor irreführender Werbung geschützt werden soll, begründet durch sein flüchtiges oder gründliches Wahrnehmungsvermögen den Schutz von Marken gegenüber ähnlichen "Marken". In einer jüngeren EuGH Entscheidung EuGH Urt.v.11.11.1997 Rs. C-251/95 Sabèl BV/Puma AG, R. Dassler Sport NJW 1998, 741 Tz. 22 f stellt der EuGH bei der Gefahr der Verwechslung einer älteren Bildmarke (Raubkatze) mit einer jüngeren Wort-Bildmarke (Raubkatze und "Puma") durch assoziative, gedankliche Verbindung (§§ 9 Abs. 1 Nr. 2 und § 14 Abs. 2 Nr. 2 des deutschen Markengesetzes) auf den "Einzelfall" und den "Durchschnittsverbraucher" ab. Dazu K.H.Fezer, Erste Grundsätze des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr - oder :*"Wie weit springt die Raubkatze?"* NJW 1998, 713, 715. Siehe vorher auch EuGH Urt.v.29.3.1993 Rs.C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb e.V./Clinique Laboratoires SNC und E. Lauder Cosmetics GmbH Slg. 1994, I-317, 338 Tz. 23 mit einer abstrakten Ablehnung einer Irreführungsgefahr der Rezipienten durch die Assoziation mit "Klinik", die auf medizinische Produkt hinweisen könnte und EuGH Urt.v.13.12.1990 Rs. C-238/89 Pall Corp./P.J.Dallhausen & Co. Slg. 1990, I-4827, 4849 Tz. 19 der im konkreten Fall die Gefahr der "Irreführung der Verbraucher oder eines Teils von ihnen" im Verhältnis zur Behinderung der Warenverkehrsfreiheit für unbeachtlich erklärt.

ren. In einer neueren, von der Literatur ersehnten Entscheidung,³¹⁴ hat der EuGH sinngemäß³¹⁵ ausgeführt, daß das Gemeinschaftsrecht von einem einigermaßen gut informierten, aufmerksamen und umsichtigen Durchschnitts-Rezipienten³¹⁶ ausgeht. Das mitgliedstaatliche Gericht kann zur Frage der Irreführung - in den Grenzen des mitgliedstaatlichen Rechts - sowohl Sachverständigengutachten als auch Meinungsumfragen anordnen.

Der Meinungsstreit im deutschen Wettbewerbsrecht ist damit auch in *den* Gebieten des UWG, die vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts beeinflusst werden (wie etwa § 3 UWG), nicht entschieden. Einigkeit herrscht nur darüber, daß der EuGH im Rahmen des Primärrechts und bei der Auslegung des Sekundärrechts mehr Vertrauen in die Beurteilungskompetenz der Verbraucher hatte, als die deutsche Rechtsprechung. Um die für die Rechtsprechungspraxis so wichtigen Details wird weiterhin gestritten. Grundsätzlich lassen sich ebenso Verfechter eines „gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbildes“³¹⁷ wie Skeptiker, die auf die nur punktuellen Befassungen des EuGH und die Offenheit der Richtlinien Texte verweisen, ausmachen.³¹⁸ Der Streit um die Details kann und muß dem Wettbewerbsrecht überlassen bleiben. Es muß aber

-
- 314 V.Deutsch, Noch einmal: Das Verbraucherleitbild des EuGH und das "Nissan-Urteil" GRUR 1997, 44. EuGH Urt.v.16.7.1998 Rs. C-210/96 Gut Springenheide GmbH u.a./Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt zum Begriff der Irreführung in einer Reihe von Richtlinien.
- 315 Es lag nur die englische Fassung vor.
- 316 "reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect"
- 317 T.Krüger, Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, 1996, S. 113- 119; R.Springer, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Auslegung des Irreführungsverbots gemäß § 3 UWG, 207 f, der als Schlußfolgerung einzelner bereichsspezifischer Prüfungen ein Ende des deutschen Abstellens auf den flüchtigen und wenig intelligenten Rezipienten verlangt; W.Leisner, Der mündige Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH EuZW 1991, 498 f; derselbe, Wahrheitssuche statt Suggestionsvermutung, EuZW 1993, 655; W.Veelken, Gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, EWS 1993, 377, 385 (kein Schutz von nationalen Verbrauchererwartungen); H.Piper, Zu den Auswirkungen des EG-Binnenmarkts auf das deutsche Recht gegen unlauteren Wettbewerb, WRP 1992, 685, 688; K.H.Fezer, Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot als normatives Modell des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht, WRP 1995, 671, 676 f mit der Forderung eines normativ- und nicht empirisch - konturierten Verbrauchers, der in einem Wettbewerbsmodell seine Nachfragefunktion effektiv ausüben kann. Fest steht jedenfalls, daß eine gemeinschaftsrechtlich zulässige Bezeichnung nicht wegen der Irreführungsgefahr untersagt werden kann (BVerwG Urt.v.23.1.1991 DVBl 1992, 1166 "becel-Wurst").
- 318 H.Lecheler, Verbraucherschutz H.V Rn. 34, in: M.A.Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2.Bd. 1998. M.Dreher, Der Verbraucher - Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts? JZ 1997, 167, 170 ff, der aber doch die Konturen eines europäischen Verbraucherleitbilds ausmacht (172). P.Hommelhoff, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, 1996, S. 6 ff. Differenzierend insbesondere nach produktspezifischen Rechtsgebieten W.Trägner, Das Verbot irreführender Werbung nach § 3 UWG im Europäischen Binnenmarkt, 1993, S. 148 - 206 (ohne Berücksichtigung der "Keck- Entscheidung"; dazu A.Martin-Ehlers, Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs, 1996, S. 50- 70). Siehe auch V.Deutsch, Der Einfluß des europäischen Rechts auf den Irreführungstatbestand des § 3 UWG, GRUR 1996, 541, 547 und derselbe Noch einmal: Das Verbraucherleitbild des EuGH und das "Nissan-Urteil" GRUR 1997, 44.

nach hier vertretener Meinung überlegt werden, inwieweit das Gemeinschaftsrecht mindestens mittelbar zu einer grundsätzlichen Mentalitätsveränderung und zur Erhöhung der Begründungsobliegenheiten des deutschen Werberechts bei der Feststellung der Irreführung führen wird:

(3) *Die notwendigen Folgen für das „Bild“ vom deutschen Verbraucher.* Die einschneidende Änderung, die auf den ersten Blick nur punktuelle Bedeutung für das Werberecht hat, ist die Zulässigkeit vergleichender Werbung. Zunächst handelt es sich nicht um ein Problem der irreführenden Werbung des § 3 UWG. Das in Deutschland über Jahrzehnte bestehende „Verbot“ der kritisierenden vergleichenden Werbung³¹⁹ wurde § 1 UWG entnommen und im wesentlichen damit begründet, daß kein Mitbewerber über das Produkt des Mitbewerbers und damit als „Richter in eigener Sache“³²⁰ richten dürfe und die vergleichende Werbung zu den bekannten „Halbwahrheiten“ (siehe oben 4 h bb) tendiert. Natürlich wird ein Werbender *den* Aspekt des Konkurrenzprodukts suchen, der es erlaubt, sein Produkt als besser darzustellen. Im Extremfall kann das dazu führen, daß von hundert Elementen eines Produkts ein Element beim Werbenden besser ist, und in den neunundneunzig anderen das Konkurrenzprodukt überlegen ist („Rosinenratio“). Dennoch kann nunmehr grundsätzlich mit diesem einem Element als dem besseren geworben werden, weil das „Verbot“ vergleichender Werbung aufgehoben ist.³²¹ Es ist jetzt eine Frage der Irreführung der Rezipienten (§ 3 UWG³²²), inwieweit eine solche Werbung untersagt werden kann. Mit der Zulassung von sachlich-informativer vergleichender Werbung verschiebt sich also die Problematik von § 1 UWG auf § 3 UWG. Die Gefahr der Irreführung, die auch in der Richtlinie zur vergleichenden Werbung nicht konkretisiert ist, kann jedenfalls nicht so hoch bewertet werden, daß sie zur Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung führt.³²³ In einer grundsätzlichen Betrachtung verändert die Zulas-

319 Grundsätzlich wurde immer ein besonderer Anlaß für den Vergleich verlangt, also ein Abwehr-, Auskunfts-, Fortschritts-, oder Systemvergleich. Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. § 1 Rn. 365 ff; 367. J.Meyer, Die kritisierende vergleichende Werbung, 1991, S. 68-125; U.Mettang, Die kritische werbliche Bezugnahme auf fremde Waren und Leistungen, 1989; T.Krüger, Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, 1996, S. 23- 63 mit der Darstellung der nach der RG-Rechtsprechung anfänglich zulässigen, vergleichenden Werbung Rechtsvergleichend W.Hudelmeier, Die neuere Praxis der vergleichenden Werbung in Deutschland, Belgien, Frankreich, Großbritannien und USA, 1991, S. 72 mit der durch die Richtlinie eingelösten Forderung nach der grundsätzlichen Zulässigkeit vergleichender Werbung.

320 RG Urt.v.6.10.1931 GRUR 1931, 1299 ff "Hellegold". Es ist offensichtlich, daß es sich nicht um ein Urteil im technischen Sinne handelt, weil die Rezipienten darüber entscheiden können, was sie kaufen. Es ist aber in einer kommunikationswissenschaftlichen Betrachtung nicht ausgeschlossen, daß die konzentrierte Verbreitung einer bestimmten Werbung erheblichen Einfluß auf die Selbstdarstellung des Mitbewerbers hat.

321 Zur Umsetzung vor dem in der Richtlinie festgesetzten Umsetzungsdatum durch die eine Generalklausel konkretisierende Rechtsprechung BGH Urt.v.5.2.1998 NJW 1998, 2208 ff.

322 Art. 3a Abs. 1 lit a der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung.

323 Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung:

sung der vergleichenden Werbung die Perspektive des Wettbewerbsrechts gegenüber dem Rezipienten. Ihm wird zugetraut, nicht nur die Übertreibungen eines Werbenden kritisch zu bewerten („suggestive Werbung“) sondern auch bei der Kritik gegenüber dem Mitbewerber und der Werbung für das eigene Produkt („kritisierende vergleichende Werbung“) die „Rosinenratio“ zu verinnerlichen. Über Jahrzehnte mußte nach deutschem Werberecht der Rezipient vor dieser Werbung geschützt werden. Das Verbot der vergleichenden Werbung war ein vorbeugender Schutz vor Irreführung. Dem Rezipienten wird allein durch die Zulassung der vergleichenden Werbung eine für das deutsche Wettbewerbsrecht neue Werbekompetenz attestiert, die ihm dann bei der Anwendung von § 3 UWG in anderen Fällen nicht ohne Systembruch wieder abgesprochen werden kann. Mit der Zulassung der vergleichenden Werbung wird nach hier vertretener Meinung das Wettbewerbsrecht vom Gemeinschaftsrecht und seiner größeren Offenheit gegenüber der Werbung (im Bereich der Irreführung) aus rechtstatsächlichen Gründen - nämlich der Unteilbarkeit einer Verbraucherpersönlichkeit und eines Bildes von dieser Verbraucherpersönlichkeit - geprägt.

(4) Die schizophrene Verbraucherpersönlichkeit als Folge unterschiedlicher Standards beim Irreführungsschutz. In einer rechtstatsächlichen³²⁴ Betrachtung führt der Einfluß des Gemeinschaftsrechts dazu, daß das deutsche Recht unter Anpassungsdruck steht. Juristisch läßt sich unter Berufung auf ihren Art. 7 begründen, daß die „Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung“ nur einen Mindeststandard für den Schutz vor Irreführung setzt; es sich also um eine Teilharmonisierung handelt. Das deutsche Recht kann - im primärrechtlichen Rahmen insbesondere der Gemeinschaftsgrundrechte und Grundfreiheiten³²⁵ - diesen Schutz vor Irreführung erhöhen. Der vorgegebene Mindeststandard ist die Kompetenz des Rezipienten, der vergleichende Werbung verarbeiten kann. Und hier besteht die Gefahr, daß eine Überhöhung des Schutz vor Irreführung bei anderen als der vergleichenden Werbung zu einer gespaltenen Verbraucherpersönlichkeit führt. Das Werberecht, das den höch-

"(1) Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen, die bei der irreführenden Werbung einen weiterreichenden Schutz der Verbraucher.... vorsehen.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die vergleichende Werbung, soweit es sich um den Vergleich handelt."

324 Der rechtliche Einfluß besteht in der Kompetenzzuschreibung an den Verbraucher durch Zulassung der vergleichenden Werbung; der tatsächliche durch die Einheit einer Verbraucherpersönlichkeit.

325 Siehe im 6.Kapitel zur Warenverkehrsfreiheit; eine neue Entwicklung scheint sich hier allerdings anzubahnen: in den Rechtsstreitigkeiten um das deutsche Rabattgesetz beruft sich die Kommission nicht mehr auf die mit der durch die Verkaufsmodalität entlasteten Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 EGV) sondern auf die Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 EGV) derjenigen, die "kommerzielle Kommunikationen" verbreiten (siehe auch FAZ v.23.7.1998, S.16).

sten Schutzanspruch verwirklichen will, muß sich nach der Geeignetheit und dann auch der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne fragen lassen, wenn eine andere Werbung die gleichen Rezipienten viel mehr fordert und es nicht ausgeschlossen ist, daß gerade durch diese Herausforderung die Aufnahme- und Kritikfähigkeit eines größeren Anteils der Rezipienten steigt.³²⁶

Nach hier vertretener Ansicht kann das Gemeinschaftsrecht derzeit ein anwendbares, konkretisiertes und geschlossenes „Verbraucherleitbild“ nicht anbieten. Die Perspektive des Gemeinschaftsrechts ist - soweit der EuGH befaßt ist - nur punktuell und soweit der Gemeinschafts“gesetzgeber“ beteiligt ist, in Richtlinien und Verordnungen enthalten, die selbst die Form der Ermittlung der Irreführungsgefahr nicht vorschreiben. Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts liegt in der Erhöhung von Argumentations- und Beweislasten jedenfalls bei der mitgliedstaatlichen Beschränkung von Multi-State-Werbung³²⁷, die dazu führt, daß auch die deutschen Gerichte in Zukunft genauer darlegen müssen, welches Interesse - Integritäts- und/oder Äquivalenzinteresse - durch ein Produkt berührt wird und welche Interessen darüber hinaus durch die (irreführende) Werbung beeinträchtigt zu werden drohen.

Nach dieser Schilderung des Vorverständnisses, das für die Beurteilung der Relationen von zutreffenden und irreführenden Werbeinhalten wettbewerbsrechtlich vorausgesetzt wird, bleiben zwei weitere Konstellationen zu erörtern.

dd) Nicht zutreffende und irreführende Werbung

Das ist die unproblematische Konstellation, weil grundsätzlich unzutreffende Tatsachenbehauptungen immer geeignet sind, Rezipienten zu täuschen. Auch übertriebene Werturteile wie „unzerreißbar“, „riesengroß“, „spottbillig“ und „unschlagbar“ lassen sich auf einen Tatsachenkern reduzieren, der die Basis für ein Vertrauen der Rezipienten in die Werbung bildet und so für die Erregung des Irrtums verantwortlich ist.³²⁸ Wichtig ist allerdings festzuhalten, daß die Grenze zwischen zutreffenden und unzutreffenden Behauptungen durch die Existenz von Substantiierungspflichten beeinflusst wird. Je mehr die Werbung qualitativen und quantitativen Vorgaben genügen muß (siehe oben 4 c ee), desto eher könnte man auch argumentieren, daß sie - wenn sie diese Substantiierungspflichten nicht genügt - **unzutreffend** ist. Die Einordnung als „zutreffend und irreführend“ oder als „unzutreffend und irreführend“ ist also eine Frage der rechtlichen Definition. Nach hier vertretener Meinung ist es bei den unvollständigen und mehrdeutigen Aussagen sinnvoller, sie als „zutreffend und irreführend“ zu kategorisieren, weil

326 oder auch deren Skepsis gegenüber Werbung insgesamt, die dann zu einer Irrelevanz von (irreführender) Werbung für die Entschließung der Verbraucher führen kann.

327 Zum Begriff 6.Kapitel ..und zur rechtlichen Behandlung von Werbung..

328 Auch Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl. § 3 Rn. 65 ff erklären dann den Einzelfall für maßgeblich.

so die Unterscheidung zwischen einer nach der Verkehrsauffassung per se falschen Aussage und einer Aussage, die per se keine falschen Angaben enthält, aber unvollständig und/oder mehrdeutig ist, aufrechterhalten werden kann. Diese Unterscheidung ermöglicht auch eine unterschiedliche Bewertung der Risiken des Kommunikators: Wer eine per se falsche Aussage (insbesondere über die eigenen Produkte) trifft, der kann für die Folgen dieser Täuschung verantwortlich gemacht werden, während die Verwendung unvollständiger und vielleicht auch mehrdeutiger Aussagen den Kommunikator mit einem Einschätzungsrisiko belastet, das eine (besondere) Interessenabwägung verlangt.

ee) Nicht zutreffende und nicht irreführende Werbung

Es können im wesentlichen drei Fallgruppen unterschieden werden.

(1) Übertreibungen, die auf einen Tatsachekern, reduziert werden können. Dieser Tatsachekern führt aber nicht zu einem subjektiven Irrtum eines nicht unerheblichen Teils der Rezipienten.

Ein Beispiel wäre die anpreisende, emotionalisierende Werbung - „das beste OMO aller Zeiten“. Hier könnte ein *Tatsachekern*, nämlich das fortschrittenste Waschmittel im Rahmen von OMO, übermittelt werden. Es handelt sich dann um eine objektiv unzutreffende Aussage, wenn das Waschmittel aus Umweltschutzgründen weniger „Weißmacher“ enthält und deshalb für weiße Wäsche weniger Erfolg verspricht als OMO's Vorläufer. In Bezug auf die Waschleistung ist es nicht mehr das „beste OMO“. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß ein nicht unerheblicher Teil der Rezipienten solch pauschalen Selbstanpreisungen nicht glaubt und deshalb trotz der objektiven Unrichtigkeit keine Irreführungsgefahr besteht.³²⁹ Die Umstände des Einzelfalls³³⁰, insbesondere die Auswahl der Rezipienten - sind hier ausschlaggebend.

(2) Objektiv unrichtiger aber eingebürgerter Sprachgebrauch innerhalb der Fachkreise. Ein Rechtsprechungsbeispiel ist die „Emaillack“-Entscheidung des BGH.

Es wurden Lacke, die auch für die Lackierung von Holz vorgesehen waren und die mit den Eigenschaften von Emaille nicht konkurrieren konnten, vor allem in der verarbeitenden Industrie als „Emaillack“ bezeichnet. Der BGH

329 Siehe auch die differenzierte Abwägung von BGH "Fertigbrei" GRUR 1965, 732, wo ein Fertigbreihersteller mit der Aussage "Mutti gibt mir nur das Beste" geworben hat, und wo der BGH - entgegen dem Berufungsgericht - keinen irreführenden Tatsachekern annahm.

330 Ein anderes Beispiel wäre eine werbende Aussage auf einer Zigarettenschachtel "Rauchen fördert die Gesundheit" in Verbindung mit dem im Zigarettewerberecht verlangt Warnhinweis "Die EG Gesundheitsminister: Rauchen gefährdet die Gesundheit". Die Werbung ist unzutreffend; über ihren Inhalt bestehen wohl keine Zweifel; auch wegen des Warnhinweises bemerken Konsumenten die Unwahrheit der Werbeaussage und rauchen nicht in dem Bewußtsein ihre Gesundheit zu fördern. Es könnte aber auch sein, daß durch den Abdruck beider Aussagen bei den Rezipienten der Eindruck entsteht, die Behauptung der Gesundheitsminister sei umstritten - und dieser Fall doch der Konstellation "nicht zutreffend/irreführend zuzuordnen ist.

unterstellte den Fachkreisen keinen Irrtum über den Aussagegehalt der objektiv unrichtigen Bezeichnung.³³¹

(3) **Mehrdeutigkeit einer Angabe, die eine feste Vorstellung der Rezipienten wie auch den Irrtum ausschließt.** Ein Rechtsprechungsbeispiel ist die BGH-Entscheidung über eine Brauereiwerbung mit der Aussage „Erstes Kulmbacher“.

Das Berufungsgericht war der Meinung, die werbende Brauerei weise unzutreffend darauf hin, daß sie historisch die „erste“ Kulmbacher Brauerei betrieben habe und der Geschäftsverkehr würde aus dieser Anciennität auf eine besondere Qualität des Bieres schließen.³³² Die Brauerei selber konnte nicht beanspruchen, tatsächlich die erste Brauerei in Kulmbach betrieben zu haben; sie behauptete, was strittig war, die größte Brauerei zu betreiben. Der BGH konnte die Wahrheit dieser Behauptung dahinstehen lassen, weil es seiner Meinung nach des Nachweises bedurfte, daß ein nicht unerheblicher Teil der Rezipienten die Angabe „erstes Kulmbacher“ als Qualitätsangabe verstand.

(4) **Vermeidung des Nachweises der Irreführung durch vorbeugende und spezielle Werbeinhaltsbeschränkungen.** Das Problem der objektiven Unrichtigkeit von Aussagen und ihrer (fehlenden) Kausalität für die subjektive Irreführung der Rezipienten wird von moderneren und speziellen Werbegesetze dadurch gelöst, daß ein bestimmter, genau umschriebener Werbeinhalt ohne Rekurs auf das Irreführungspotential untersagt wird.

Charakteristisch ist, daß unzutreffende Aussagen oder Aussagen mit einem bestimmten Inhalt (etwa die Werbung mit Gutachten) untersagt werden, ohne daß geprüft werden muß, ob sie irreführend sind. Diese Technik läßt sich en detail im Heilmittelwerberecht nachweisen, wo das Verbot der Werbung mit „unwahren“ Aussagen über den Hersteller eines Arzneimittels (§ 3 Nr. 3 lit b HWG) genauso rechtswidrig ist wie die Werbung mit Gutachten (§ 11 Nr.1 HWG).

5. Anknüpfungspunkt: Werbeziele

aa) Kommerzielle und nicht-kommerzielle Sprache

Hierbei handelt es sich um die wichtige Unterscheidung, ob ein Produkt abgesetzt oder eine „Idee“ kommuniziert werden soll. Die Unterscheidung kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprachziele wird auch von § 1 UWG vorausgesetzt, wenn auf die Teilnahme „im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ Bezug genommen wird. Neben dieser grundsätzlichen Unterscheidung hängen Werbeziele vor allem vom Lebenslauf von Produkten und von Marktverhältnissen ab.

331 BGHZE 27, 1, 10 ff.

332 BGHZ Ur. 28.1.1957 GRUR 1957, 285.

bb) Einführungswerbung

Hier handelt es sich um die Information über die Existenz eines „neuen“ Produktes³³³. Bedeutsam ist die Qualifizierung als Einführungswerbung nach einigen Literaturmeinungen für die Frage, ob Werbung als Meinung geschützt ist. Der Einführungswerbung geht der Ruf voraus, daß der Informationswert für den Verbraucher am *leichtesten* nachzuweisen ist. Der Informationswert ist zu bejahen, weil auf einem idealiter vom Leistungswettbewerb geprägten Markt die Kenntnis von neuen Produkten und Unternehmen zur Stärkung des Kenntnisstandes des Nachfragers führt, der sein Auswahlrecht qualifizierter ausüben kann. Der Nachweis des Informationswertes ist „leicht“, weil bereits der Name eines neuen Produkts oder Unternehmens zu einer weiteren Information im Vergleich zum Wissen des Rezipienten vor der Werbung führt. Wie bereits die Ausführungen zum Informationsmodell zeigen, (siehe unter 4 c) besteht die Gefahr, daß *die Interessen der Anbieter als Interessen der potentiellen Nachfrager stilisiert werden*. Das Informationsmodell funktioniert eben nicht, wenn die aufgedrängte Information den Rezipienten nur belastet, weil sie Erinnerungskapazität für für ihn uninteressante Produkte beansprucht oder er seine Kaufentscheidung ohne weitere Überlegung trifft, sich aber dennoch auch durch Einführungswerbung gestört fühlt.

cc) Erinnerungswerbung

Ziel ist die Erhaltung und Sicherung des Absatzes eines bereits eingeführten Produkts oder Unternehmens. Eine normspezifische Definition enthält das Heilmittelwerbe-gesetz (§ 4 Abs.6 S.2 HWG):

„Eine Erinnerungswerbung liegt vor, wenn ausschließlich mit der Bezeichnung eines Arzneimittels oder zusätzlich mit dem Namen, der Firma oder dem Warenzeichen des pharmazeutischen Unternehmens geworben wird.

Bei einer Erinnerungswerbung³³⁴ kann auf die Pflichtangaben und Warnhinweise verzichtet werden (§ 4 Abs.6 S.1 i.V.m. 4 Abs.1 HWG). Im Gegensatz zu Einführungswerbung, der pauschal Innovationscharakter unterstellt wird, soll die Erinnerungswerbung nach Ansicht einigen Autoren im Verfassungsrecht nicht als *Meinung* geschützt sein. Das soll insbesondere dann gelten, wenn sie sich bestimmter Werbemittel wie etwa der Trikotwerbung bedient (7. Kapitel).

dd) Stabilisierungswerbung

Werbung kann auch der Abwehr von Bedrohungen des Marktanteils durch die Mitbewerber dienen. Vorstellbar ist dieses Szenario vor allem nach der Zulassung der *vergleichenden Werbung* in Deutschland, bei denen abzuwarten bleiben wird,

333 G. Schweiger/G. Schrattenecker, Werbung, 1988, S. 47 zu dem hier als instrumental bezeichneten Werbeziel.

334 Siehe auch zur Erinnerungswerbung nach dem Hamburger Straßengesetz die Erwägungen bei BVerfG Kammerbeschl.v.18.10.1991 NVwZ 1992, 53 f.

ob der kritisierte Mitbewerber sich in einen Krieg der Sprache verstricken läßt oder auf die anderen Ebenen des Marketing, wie die Kontrahierungs- und/oder Produktpolitik ausweicht.

ee) Expansionswerbung

Mit ihr wird die Erweiterung des *Marktanteils* bezweckt. Soweit ersichtlich hat dieses Werbeziel bisher keine rechtliche Signifikanz, wenn die Werbung mit zutreffenden Angaben erfolgt und keinem Verdrängungswettbewerb dient.

6. *Anknüpfungspunkt: Reichweite*

Hier geht es im wesentlichen um zwei Aspekte, die rechtlich interessant sind.

a) *Qualifikation der Rezipienten*

Die Qualifikation der Rezipienten spielt im Heilmittel- und im Ärzterwerberecht eine Rolle. So ist Werbung unter Ärzten und gegenüber dem Fachpublikum zulässig, nicht aber gegenüber jedem Patienten (§ 11 Abs.1 HWG).

b) *Werbeexklaven (geschützte Räume)*

Traditionelle Exklaven waren öffentlichen Gebäude, wie etwa die Schulen³³⁵, die während der Schulveranstaltungen werbefrei sind. Wie eingangs geschildert³³⁶, beginnt in Zeiten der Leere der öffentlichen Kassen dieser Grundsatz der „Abwesenheit kommerzieller Werbung“ seine Ausnahmen - wie etwa in Berlin - zu finden. Gegenläufig hierzu ist die Anwesenheit nicht-kommerzieller Werbung - nämlich des Kreuzes im Klassenzimmer - längst nicht mehr unumstritten.³³⁷

c) *Werbung, aus dem Ausland oder Werbung, die im Ausland verbreitet wird*

Unter diesem Gesichtspunkt ist zu prüfen, ob sich an der rechtlichen Bewertung einer Werbung etwas ändert, wenn sie durch einen ausländischen Werbeträger in der Bundesrepublik Deutschland verbreitet wird oder Deutsche (durch einen (auch) inländischen Werbeträger) Werbung im Ausland betreiben. Die Ausführungen im 6. Kapitel (III 7) prüfen, wie auf diese Fallgestaltungen das internationale Wettbewerbsrecht, das Gemeinschaftsrecht, das deutsche Verfassungsrecht einwirken.

335 §§ 86, 88 der Vorläufigen Regelschulordnung des Landes Thüringen v.2.7.1991 GVBl. 1991, 167 verbietet kommerzielle Werbung und beschränkt das Marketing auf "einfache Speisen und Getränke" (§ 86 Abs. 2) sowie Sammelbestellungen aus "pädagogischem Anlaß".

336 1.Kapitel II.

337 Dazu im 7.Kapitel; zur grundsätzlichen Störung des Erziehungsauftrags durch politische Werbung siehe VGH München Beschl.v. 15.4.1994 NVwZ 1994, 922, zu einer einstweiligen Anordnung, die von Eltern für die Verteilung von Informationsschriften über ein Volksbegehren "Keine Klasse über 30" in der Schule beantragt wurde.

II. Struktur der „Nicht-Werbung“: Tarnung von Werbung, Schleichwerbung und Product Placement

Der erste Abschnitt des dritten Kapitels mit der Überschrift „Strukturen der Kommunikationspolitik“ befaßte sich mit der Struktur der Werbung und des Werberechts. Mit der Ausnahme der subliminalen Werbung³³⁸ konnte der Rezipient bei den Werbungen im ersten Abschnitt erkennen, *daß er* und *vom wem er* beworben wird. Ergänzend schildert der folgende Abschnitt die Strategien der Positionierung von Produkten oder Unternehmen³³⁹ in den Medien; also die Kreation von Fremddarstellungs- und Fremdwerbungsszenarien. Der zweite Abschnitt könnte also mit der Überschrift „Nicht-Werbung“ überschrieben werden. Grundsätzlich stellt sich bei allen Optionen³⁴⁰ das Problem der Trennung des Autors von *seiner* Meinung und/oder Information, weil der Werbeinhalt einem *anderen* Kommunikator, nämlich demjenigen, der die Verfügungs- und Gestaltungsgewalt über die medialen Kommunikationsträger und -mittel hat, nach allgemeiner Lebenserfahrung³⁴¹ zugerechnet wird. Die Frage, die sich weiter stellt, ist, wann solche Positionierungstechniken einen sprachlichen Gehalt haben, der Grundlage einer Meinung oder Information im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sein kann. Die Beantwortung dieser Fragen setzt die Kenntnis der Optionen der Tarnung von Werbung voraus.

1. „Tarnung von Werbung“ als Oberbegriff

Der Begriff der „Tarnung von Werbung“ wird hier als Oberbegriff für sämtliche *Werbeinhalte* und *Werbetätigkeiten*³⁴² gewählt, bei denen Werbung aus dem „Programm“ - im Unterschied etwa zu klar erkennbarer und getrennter Blockwerbung, Dauerwerbesendungen oder als „Anzeige“ gekennzeichnete Werbung - vom Rezipienten herausgefiltert werden muß und so eine Überlegungs- und Differenzierungslast für den Rezipienten („*Filterungslast*“) erzeugt wird. Unter „Programm“ werden hier - medienübergreifend - *die* Inhalte verstanden, die nach der Verkehrsauffassung grundsätzlich und zunächst keine Werbung sind; also die Be-

338 Die subliminale Werbung wird hier nicht als "Tarnung von Werbung" untersucht, weil die *Tarnung und die Werbung subliminal sind*. Die hier im zweiten Abschnitt untersuchten Werbestrategien zeichnen sich dadurch aus, daß wenigstens die *Tarnung* supraliminal wahrnehmbar ist (wie etwa das plazierte Produkt). Anders F.Henning-Bodewig, Die Tarnung von Werbung, GRUR Int. 1991, 858 f die auch die subliminale Werbung zur *Tarnung von Werbung* zählt).

339 Soweit Einstellungen und Meinungen beeinflusst werden; dazu siehe unter IV zu den Public Relations.

340 Mit Einschränkungen bei der virtuellen Werbung; dazu siehe unter II 5 c).

341 Vom Spezialwissen von Insidern und Kommunikationswissenschaftlern abgesehen, die sich gut erklären können, warum etwa bestimmte Automarken in bestimmten Krimis eingesetzt werden.

342 Zur Frage nach der Plazierung von Sprache und/oder Produkten als Tun siehe unter 1 c cc.)

richterstattung, Essays, Spiel- und Dokumentarfilme und ähnliches, die „der Meinungsbildung und der Unterhaltung dienen.“³⁴³

Die Schwere der „Filterungslast“ ist einzelfallabhängig und -bezogen zu bewerten.

Sie kann leicht sein, wie in den Fällen der Trikot-, Hemd- oder Jacketwerbung, bei denen auf Kleidungsstücke der im Fernsehen interviewten Person Firmen- oder Produktnamen aufgesteckt werden. Wenig Reflexion ist erforderlich, um die Quelle und das Motiv dieser „menschlichen Litfaßsäulen in dezenter Aufmachung“ zu ermitteln. Ein weiteres Beispiel ist ein Interview mit dem Designer von Hindernissen bei internationalen Reiterwettbewerben, Olaf Petersen³⁴⁴, der einem Reporter gegenüber in aller Ausführlichkeit die verschiedenen Hindernisse, die nach „United Parcel“, „Volvo“ und „Euro-Car“ benannt werden, erläutert.³⁴⁵ Hier ist für den Rezipienten klar erkennbar, daß für diese Namensgebung und/oder -erwähnung eine (Gegen)leistung des Genannten erfolgt ist und die Nennung so verlangt und erst in zweiter Linie programmatisch veranlaßt ist.

Die Ermittlung des werblichen Ursprungs und/oder Hintergrundes kann dem Rezipienten erschwert werden, wenn etwa Kinofilme nicht offenlegen, daß ihr Inhalt (und ihre Requisiten³⁴⁶) das Ergebnis der Beteiligung von Unternehmen und nicht der kreativen Ungebundenheit der „Macher“ und ihrer dramaturgischen, künstlerischen Perspektive sind. Ein Beispiel ist der Film „*Feuer, Eis & Dynamit*“, der Gegenstand zweier BGH-Entscheidungen ist. Die Darsteller tragen mit Sponsorennamen und einschlägiger Ausstattung einen Wettkampf (Megathon) um die Erbschaft eines Millionärs aus. Der vorgeblich kritisch-parodierende Film über Sponsoring wurde eo ipso von den Sponsoren mitfinanziert.³⁴⁷ Strittig war in diesem Fall, ob die Werbung überhaupt getarnt war oder nicht vielmehr der kommerzielle Vorder- und Hintergrund so deutlich war, daß die (nach hier gewählter Terminologie) Überzeugungs- und Differenzierungslast gering und damit ein Irreführungspotential dieses Product Placement nicht vorlag.³⁴⁸

343 G.Ring, Medienrecht, 51.Erglfg., 1997, C-0.3 Rn. 27. Hier soll nicht behauptet werden, daß Werbung nicht diese Bedürfnisse erfüllen kann. Vorrangig und von der Mehrheit der Bevölkerung wird die Erfüllung dieser Bedürfnisse (immer noch) von den geschilderten Sprachformen - und nicht von der Werbung erwartet.

344 ARD, 20.11.94, 15.35 Uhr, Springwettbewerb Berlin.

345 Ein weiteres Beispiel ist die Erwähnung des Sendungssponsors innerhalb der Sendung "Arena", der auf einen Hörer einen Scheck ausstellt. MDR, Sonntag, 16.07.95, ca. 21.30 Uhr.

346 So soll die zur Verfügungstellung von Requisiten unbeanstandet bleiben, weil damit in kommerziellen Unterhaltungsmedien gerechnet werden kann und muß BGH Urt. v. 6.7.1995 "Feuer, Eis & Dynamit I" NJW 1995, 3177, 3180.

347 bei dem ein Fünftel der Produktionskosten eingestandenermaßen von Firmen bezahlt wurden LG München, Urt. v. 13.08.1991, AfP 1991, 759.

348 So das OLG Hamburg Urt.v.25.11.1993, WRP 1994, 125, 129 spricht vom "stilistisch gewollten Übermaß an Werbung." - eine Betrachtung der sich der BGH nicht angeschlossen hat.

Der Begriff der „getarnten Werbung“ ist der in der (Kommentar-)Literatur zum UWG geläufige Oberbegriff³⁴⁹ für „Schleichwerbung“, „Product Placement“, „redaktionelle Werbung“³⁵⁰ - und zu ergänzen ist „virtuelle Werbung“.

2. Gebot der Trennung von Werbung und Programm und Verbot der (rundfunkrechtlichen) Schleichwerbung

Das Wettbewerbsrecht (§ 1 UWG) im allgemeinen (dazu siehe unter V 7 a bb) und etwa das Presse- und Rundfunkrecht³⁵¹ im speziellen kennen den Grundsatz der *Trennung von Werbung und Programm*. Zunächst setzt dieser Grundsatz voraus, daß Werbung gekennzeichnet ist und so vom Programm deutlich getrennt ist.³⁵² Wenn die Werbung sich dieser Kennzeichnungspflicht entzieht und in das Programm „schleicht“, dann handelt es sich nach der Terminologie des Rundfunkrechts Art. 7 Abs.5 RfSt) um unzulässige Schleichwerbung:

„Schleichwerbung ist unzulässig. Schleichwerbung ist die Erwähnung oder Darstellung³⁵³ von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen *in Programmen*, wenn sie *zu Werbezwecken vorgesehen* ist und *die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zwecks dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann*. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als *zu Werbezwecken vorgesehen*, wenn sie *gegen Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erfolgt*.“³⁵⁴

349 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., § 1 Rn. 28 ff; F.Henning-Bodewig, Werbung im Kinospießfilm, GRUR Int.1996, 321, 325 ff zu einem allgemeinen Verbot der getarnten Werbung in § 1 UWG; dieselbe, Die Tarnung von Werbung, GRUR Int. 1991, 858 ff; siehe auch als Selbstbeschränkung die Internationalen Verhaltensregeln für die Werbepraxis der Internationalen Handelskammer (abgedruckt bei Baumbach/Hefermehl Anhang IX zu § 3) Art. 10: "Alle Werbemaßnahmen, gleichgültig in welcher Form oder in welchem Werbeträger sie veröffentlicht werden, sollen als solche klar erkennbar sein; werden sie in Werbeträgern veröffentlicht, die gleichzeitig Nachrichten und Meinungen publizieren, sollen sie so gestaltet oder gekennzeichnet sein, daß sie klar als Werbeeinschaltung erkannt werden können."

350 Baumbach/Hefermehl, 19.Aufl., § 1 UWG Rn. 30 ff

351 Wenn ein Verstoß gegen das Schleichverbot vorliegt, ist wegen der Verletzung einer wettbewerbsbezogene Norm die Verletzung von § 1 UWG zu bejahen. Dazu siehe unter V 2 bb δ.

352 Etwa § 9 Berliner Pressegesetz i.d.F. v.6.4.1995 (H.Kuhle/H.Steuerwald, Berliner Gesetze, Nr. 300) "Hat der Verleger ... für die Veröffentlichung ein Entgelt erhalten, gefordert oder sich versprechen lassen, so hat er diese Veröffentlichung, soweit sie nicht schon durch Anordnung und Gestaltung allgemein als Anzeige zu erkennen ist, deutlich mit dem Wort "Anzeige" zu bezeichnen."

Art. 7 Abs. 3 RfSt: "Werbung muß als solche klar erkennbar sein. Sie muß im Fernsehen durch optische und im Hörfunk durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen getrennt sein....".

353 Beispiele für Bild - und Tonplacement bei R.Völkel, Product Placement aus der Sicht der Werbebranche und seine rechtliche Einordnung, ZUM 1992, 55, 57.

354 Beispielsweise Richtlinien des deutschen Presserats: "§ 7.2 "Unentgeltliche redaktionelle Veröffentlichungen, die auf Unternehmen, ihre Erzeugnisse, Leistungen oder Veranstaltungen hinweisen, dürfen nicht die Grenze zur Schleichwerbung überschreiten. Eine Überschreitung liegt insbesondere nahe, wenn die Veröffentlichung über ein begründetes öffentliches Interesse oder das Informationsinteresse der Leser hinausgeht".

Schleichwerbung kann entweder durch die Infiltrierung des Programms mit einem Produkt („*Darstellung*“) oder durch die Infiltrierung mit Sprache („*Erwähnung*“) erfolgen.

Im rundfunkrechtlichen Sinne handelt es sich nicht um unzulässige Schleichwerbung, wenn in Fußballstadien Bandenwerbung betrieben wird. Die Bandenwerbung hat natürlich den Zweck, durch die Medien weiterverbreitet zu werden. Für die Bandenwerbung wird indes an den *Veranstalter*, nicht aber an Programmverantwortliche³⁵⁵, gezahlt. Die „Schleichwerbung“, die die Veranstalter von Sportereignissen erstreben, wenn sie an die Sender für die Übertragung ihrer „Produkte“ zahlen³⁵⁶, ist (noch) nicht unzulässig, weil die Kommerzialisierung des Sports nicht soweit fortgeschritten ist, daß der Charakter einer „Dienstleistung“ bejaht werden kann. Wenn man anderer Meinung ist, müßte man prüfen, inwieweit die Rezipienten bei der Übertragung von Handball- und Tischtennisligen drüber irren, daß für die Übertragung ein „öffentliches Interesse an der Berichterstattung“ oder die Zahlung der Veranstalter kausal war.

Die *Schleichwerbung* hat Ähnlichkeiten mit der subliminalen Werbung (vgl. § 7 Abs. 3 S. 3 RfSt, der ein Verbot „unterschwelliger Techniken“ enthält). Im Unterschied zu ihr wird die werbende Wirkung von den Rezipienten als solche *wahrgenommen*. Nur hinsichtlich der Veranlassung dieser „Werbung“ besteht eine Divergenz zwischen der Realität („Plazierung eines Produkts oder einer Sprache durch ein Unternehmen“) und der Vorstellung der Rezipienten, die das „*Programm*“ dem Autor und/oder den Kommunikatoren des Programms zuschreiben und diese Präsentation eines Produkts oder eines sprachlichen Inhalts nicht als Werbesubstitut erkennen und/oder bewerten.

Für den rundfunkrechtlichen Terminus „Schleichwerbung“ und das Verbot von Schleichwerbung ist die Gegenleistung des Werbenden keine zwingende Voraussetzung. Die Gegenleistung ist lediglich ein Indiz für den (überwiegenden) *Werbzweck der Darstellung oder Erwähnung*. Der Schwerpunkt des rundfunkrechtlichen Schleichwerbungsverbots ist die *Irreführungsgefahr*.³⁵⁷ Bei der „Schleichwerbung“ handelt es sich um eine medienübergreifende Problematik. Das Gebot der Trennung von Werbung und Programm sowie das Verbot einer übermäßig werbenden Wirkung des Programms („redaktionelle Werbung“), die durch Gegenleistungen erzielt wird, werden für die Medien, die keine spezialge-

355 Gegenleistungen an Programmbeteiligte im weitesten Sinne können hier Indizcharakter haben.

356 Der Spiegel Nr. 30/1998 S.165 "Kein Preis zu hoch" berichtet von der Zahlung der Handball- und Tischtennisligen an die Rundfunkveranstalter für die Übertragung von Spielen; es handelt sich um eine notwendige Strategie, weil die Sponsoren und Werbenden des Ereignisses nur dann Werbeflächen anmieten, wenn eine entsprechende Medienberichterstattung zugesichert ist.

357 - und nicht der Belästigungsaspekt - fraglich ist, inwieweit daneben das Wettbewerbsrecht hinsichtlich der Belästigung eigenständige Wertungen treffen könnte. Bejahend R.Sack, Neue Werbeformen im Fernsehen - rundfunk- und wettbewerbsrechtliche Grenzen, AfP 1991, 704, 712 unter Bezug auf BGH Urt.v.22.2.1990 Werbung im Programm" NJW 1990, 3199, 3201.

setzlichen Trennungsgebote und Schleichwerbungsverbote kennen, durch § 1 UWG konkretisiert.³⁵⁸

3. „Product Placement“ und „Placement von Sprache“ in ihrem Verhältnis zur „Schleichwerbung“

In einer werbestrategischen Betrachtung geht es nicht um die unzulässige Schleichwerbung, sondern um eine möglichst günstige Positionierung (Plazierung) von Produkten und Sprache in den Medien. Der Begriff „Product Placement“ ist genauso üblich wie der Begriff „Placement von Sprache“³⁵⁹ unüblich ist und nur hier vorgeschlagen wird. Diese Begriffe verdeutlichen zwei unterschiedliche und komplementäre Strategien:

a) „Product“ Placement (mit dem Produkt)

Product Placement ist eigentlich „Product Image Placement“.

Es kommt dem Werbenden darauf an, das Image des Benutzers des Produkts (etwa von James Bond, der einen BMW Roadster fährt) oder des Kommunikators, der über das Produkt spricht (etwa in einem Spielfilm, wo von einer Schauspielerin die Nivea-Creme oder die Haribo Gummibärchen verlangt werden), auf das Produkt zu übertragen oder, wenn das Produkt ein solches Image bereits hat, zu verstärken oder zu verbreiten.

Wie die Werbung kennt „Placement“ auch „Unternehmens Image Placement“ oder „Generic Image Placement“ (Warengruppen)³⁶⁰ Im Rundfunkstaatsvertragsrecht wird deshalb auch die Nennung eines *Herstellers* von Waren oder *Anbieters* von Dienstleistungen als möglicher Gegenstand der Schleichwerbung bezeichnet. (§ 7 Abs.5 RfSt)³⁶¹. Im folgenden wird die Bezeichnung „Product Placement“ weiterverwandt, weil die Bezeichnung „Placement“ zu wenig aussagekräftig ist. Damit geht ein Bedeutungswandel einher - Product Placement wird so zum Oberbegriff für „Image“ und „Generic Placement“. Die Strategien der Platzierung von Produkten erfolgt entweder durch die Zurverfügungstellung des Produkts („Product Placement mit dem Produkt“) und/oder durch die Zurverfügungstellung vorformulierter Texte - von Sprache („Product Placement mit Sprache“).

358 Dazu unter V 7.

359 Der parallele Anglizismus wäre "Speech Placement."

360 R.Völkel, Product Placement aus der Sicht der Werbebranche und seine rechtliche Einordnung, ZUM 1992, 55. G.Dörfler, Product Placement im Fernsehen - unlautere Werbung oder denkbare Finanzierungsquelle im dualen Rundfunksystem?, 1993, S. 18 erwähnt als Beispiel für image placement Berichte über Städte (Touristikbranche). Die Wirkungen von Product Placement sind ähnlich umstritten wie die Wirkung von Werbung; vor allem zum generic placement gibt es historisch einige Erfahrungen: so soll die amerikanische Miederwarenindustrie in den dreißiger Jahren empfindliche Umsatzeinbußen erlitten haben, weil Clark Gable in einem Film ohne Unterhemd posierte (S. 26).

361 Wie bei der Unternehmens- mit der Produktwerbung können auch beim product- und imageplacement Überschneidungen eintreten, wenn Unternehmens- und Produktname identisch sind. Dies scheint sogar die Regel - wenn man das geschilderte Beispiel der Sprunghindernisse als repräsentativ betrachtet.

Die Bereitschaft der Unternehmen, Requisiten für Fernsehen und Filme zu stellen, ist so üblich und essentiell für die Kulturschaffenden, daß der BGH keine Aufklärung der Rezipienten über diese Produkt Plazierung durch die Unternehmen verlangt.³⁶²

b) *Product Placement durch Sprache* („redaktionelle Werbung“, „Werbung im Programm“, „Placement von Sprache“)

Die Erstellung von Texten, die den Medien im Kontext von „Gegenleistungen“ wie Geldzahlungen, Werbeschaltungen oder Anzeigenaufträgen zur Verfügung gestellt werden, wird hier als „Placement von Sprache“ bezeichnet. Das „**Placement von Sprache**“ ist also *eine* Strategie, die, neben dem Angebot des Produkts (siehe oben), dem Product Placement zur Verfügung steht.

Theoretisch wäre ein Theaterstück vorstellbar, in dem alle nur über die fehlende Zigarette „HB“ reden, ohne daß das Produkt je verwendet wird. Vorstellbar ist, daß Gegenleistungen dafür erfolgen, daß die Eigenschaften eines Produkts in einem Zeitungsbericht hervorgehoben werden.

Das Wettbewerbsrecht setzt am Erscheinungsbild des Programms an: wenn es sich um übermäßige „redaktionelle Werbung“ oder, im Rundfunkrecht, um „Werbung im Programm“³⁶³ handelt, werden die näheren Umstände die zur Verbreitung dieses Textes, der Inhalt, wie die Folgen, die diese Sprache hat, untersucht.³⁶⁴ Der Begriff „Placement von Sprache“ kann nicht durch den Begriff „Werbung im Programm“ ersetzt werden, weil diese eben auch durch die Zurverfügungstellung von Produkten erzielt wird, und damit durch ein *Tun*. Der Begriff der „redaktionellen Werbung“ ist nur im Bereich der Presse üblich; für das verfassungsrechtliche Interesse an einer medienübergreifende Beschreibung der Strategie reicht er daher nicht aus. Das Problem der juristischen Beurteilung des Placement von Sprache stellt sich in einer kommunikationspolitischen Betrachtung aus zwei Perspektiven: zum einen aus der Perspektive der *Werbung* und zum andern aus der Perspektive der *Public Relations* (dazu unter IV). Kennzeichnend für das Placement von Sprache ist, daß die Sprache erst im Mund oder der Hand eines anderen Kommunikators in den Medien verbreitet wird. Damit unterscheiden sich Plazierungsstrategien von der Werbung und den Public Relations, die trotz aller arbeitsteiligen Vorbereitungen, die der Kommunikation vorangehen, eine Auswechselung des Kommunikators in den Medien grundsätzlich nicht vornehmen.

362 BGH Urt. v. 6.7.1995 "Feuer, Eis & Dynamit I" NJW 1995, 3177, 3180.

363 BGH Urt.v.22.2.1990 "Werbung im Programm" NJW 1990, 3199, 3201. Der Begriff "programmatische Werbung" bezeichnet eher die Strategie der Werbung selbst ("Programm"), als den Träger der Werbung.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit bei Werbeträgern, die eine spezialgesetzliche Regelung der Schleichwerbung nicht kennen, Product Placement als Schleichwerbung zu qualifizieren ist..

364 Dazu siehe unter V 5.

c) *Product Placement als Werbung und Sprache?*

In der Skizze wird (Product) Placement den Werbemitteln zugeordnet, und zwar *den werbeträgerbezogenen Werbemitteln*. Damit soll deutlich werden, daß Product Placement *Kommunikationsmittel* zum *Werbemittel* macht - wie etwa den Kinofilm oder die Fernsehsendung³⁶⁵. Damit fällt Product Placement nicht aus dem Rahmen der hier untersuchten Werbestrategien.³⁶⁶ Eine sich anschließende Frage ist, ob Product Placement der Kommunikationspolitik zugeordnet werden kann. Hier wird man zunächst nach der Product Placement Strategie differenzieren müssen. Es ist wiederum eine Frage des Einzelfalles, wie nahe der Bezug zur Sprache ist:

(1) *“Product Placement mit dem Produkt“*. Die Variante des Product Placement, die von der Sprache weit entfernt ist,³⁶⁷ ist die zur Verfügungstellung von Requisiten für eine Theateraufführung oder einen Film. Soll das Anfahren und Abholen eines Produkts - *also ein Tun* - dann als „Sprache“ und damit als Meinung oder Information im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt werden, wenn das Ziel dieses *Tuns* die Plazierung in einer *„fremden Sprache und/oder der Sprache eines Fremden“* ist? Hier ist zunächst eine Unterscheidung zwischen der Ursprungs- und der Folgenbetrachtung erwägen. Das Besondere des Product Placement in den Medien ist, daß das Tun immer zur Sprache mutiert.

Wenn James Bond in einem Film einen BMW fährt, dann handelt es sich beim Her- und Darsteller nur um ein Tun. Allein die Abbildung dieses Tuns durch den James Bond Film führt aber dazu, daß Sprache vorliegt. Das Product Placement als „Tun“ führt wegen der Verbreitungscharakteristica der Medien also regelmäßig zu „Sprache“.

Sprache wird so zum Produkt von Product Placement; mindestens hat Product Placement am konkreten Inhalt der Sprache seinen Anteil.

(2) *Sprache als Produkt des Product Placement als Meinung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 I. Alt GG geschützt?* Nach hier vertretener Ansicht ist es nicht überzeugend, dieser *Betätigung* (die der Äußerung von Sprache auch zeitlich voraus-

365 Es gibt auch die Möglichkeit, durch Product Placement einem Werbemittel einen besonderen Werbeinhalt zu geben. So im Fall Jim Beam, wo eine Luxuslimousine der Erhöhung des Markenimages von Jim Beam dienen sollte... Diese Fälle anlehrender Bezugswerbung stehen aber nicht im Vordergrund meinungsfreiheitlicher Betrachtung.

366 Siehe zu unterschiedlichen Ansätzen der Einordnung in der Marketinglehre F.Hennig-Bodewig, Product Placement im Kino, ZUM 1988, 262 f.; G.Dörfler, Product Placement im Fernsehen - unlautere Werbung oder denkbare Finanzierungsquelle im dualen Rundfunksystem?, 1993, S.17 f m.w.N., B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S.18 f, die aber einer juristischen Zuordnung zum Kommunikationsmix nicht entgegenstehen.

367 Die von ihr aber nicht zu trennen ist, weil man den Film als Sprache betrachten könnte.

geht) einen meinungsfreiheitlichen Schutz zuzubilligen³⁶⁸. Anderer Meinung mögen Literaturlauffassungen sein, die als geschützt

„nicht nur die Abgabe der Meinung, sondern auch die Möglichkeit mit dieser Meinung nach eigener Wahl des Ortes und des Zeitpunktes der Äußerung auf andere geistig wirken zu können,“

ansehen und deshalb Differenzierungen nach eigenen und fremden Meinungen nur als Akzentsetzungen in einem weiten kommunikativen Rahmen verstehen, der den

„gesamten Prozeß der Meinungsweitergabe zwischen dem Sich-Äußernden und dem oder den Rezipienten“

umfaßt.³⁶⁹ Wer nur *auf den Einfluß auf den Meinungsbildungsprozeß* und nicht - wie hier - *grundsätzlich* auf die sprachliche Äußerung eines Kommunikators abstellt, der kann auch in der Plazierung des Produkts die Eröffnung des meinungs- und/oder informationsfreiheitlichen Schutzbereichs erwägen. Es handelt sich dann um eine Methode der Verbreitung und Vervielfältigung der sprachlichen Be- und Verarbeitung des Produkts.

(3) **“Product Placement durch Sprache“**. Einfacher ist die Bejahung des sprachlichen Charakters beim Placement von kommerzieller Sprache. Die Texte sind sprachliche Mittel; die Tatsache, daß der Autor der Texte mit dem Kommunikator, wie er der medialen Darstellung zu entnehmen ist, nicht (ursprünglich) übereinstimmt,³⁷⁰ nimmt diesen Texten nicht den Charakter von Meinungen und Informationen.³⁷¹

(4) **Product Placement als Programm**. Product Placement selbst nimmt nicht am Auftrag der

368 Es handelt sich um Tun, und nicht um eine Meinung - und das Fehlen eines sprachlichen Charakters kann auch nicht durch Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu in Art. 5 GG geschützten Tatsachenbehauptungen umgangen werden; so aber G.Dörfler, Product Placement im Fernsehen - unlautere Werbung oder denkbare Finanzierungsquelle im dualen Rundfunksystem?, 1993, S. 44-48 .

369 H.Schulze-Fielitz, Art. 5 Rn. 48 ff in: H.Dreier, Grundgesetzkommentar, 1996. W.Hoffmann-Riem, Art. 5 Rn. 24 in: Alternativkommentar, 2.Aufl., 1989: "Meinungsbildung als Bezugspunkt der Kommunikation ist ein tendenziell auf Breitenwirkung angelegter Prozeß, der auch insoweit geschützt ist, als *der Kommunikationsinhalt sich von dem Äußernden abgelöst hat.*"

370 In der Wahrnehmung des Zuschauers fehlt es aber an einer Kommunikationsbeziehung zwischen Plazierenden und Rezipienten - diese wird durch die Kommunikation des Programms - unsere Mitwirkenden benutzen diese Produkte - überlagert. Die Nichtidentifizierbarkeit des wirklichen Urhebers der Aussage wird von G.Dörfler, Product Placement im Fernsehen - unlautere Werbung oder denkbare Finanzierungsquelle im dualen Rundfunksystem?, 1993, S. 48 als "Schönheitsfehler" bezeichnet.

371 Product Placement wird durch die Sprache, und nicht durch das Tun gekennzeichnet, wenn ein Unternehmen einen Public Relations Text verfaßt und es (mit Placement Strategien) gelingt, daß dieser Text so als "Programm" - und nicht als Werbespot oder Anzeige - veröffentlicht wird.

„Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung“³⁷²

teil. Das Ziel des Product Placement ist nicht die Vielfalt, sondern die Beschränkung (auf die Darstellung der Produkte, deren Platzierung durch Gegenleistung erreicht werden soll)³⁷³.

(5) *Product Placement als Teil der Kommunikationspolitik.* Product Placement als Mittel der Beeinflussung der Sprache *anderer* ist ein kommunikationsstrategisches Instrument, so daß die grundsätzliche Einordnung in das kommunikationspolitische Element des Marketing-Mix gerechtfertigt ist.

(6) *Product Placement und Werbung; die Umgehungs- und Parallelitätsratio.* Durch diese kommunikationstheoretische Einordnung wird die Entscheidung darüber, ob gesetzliche Werbungsdefinitionen, -verbote und -beschränkungen auch das Product Placement umfassen, nicht entschieden. Können etwa produktspezifische Werbeverbote als Verbote von Product Placement ausgelegt werden?

Untersucht wurde diese Frage *vor Einführung des rundfunkrechtlichen Schleichwerbungsverbots* im Zusammenhang mit dem rundfunkrechtlichen Gebot der Trennung von „Werbung und Programm“ (§ ...RfSt). Wenn es sich bei Product Placement um „Werbung“ im Sinne dieses Trennungsgebots gehandelt hätte, dann hätte es einer besonderen Regelung über die Schleichwerbung nicht bedurft. Grammatisch unterscheiden sich „Product Placement“ und „Werbung“. Da Werbung in den Rundfunkstaatsverträgen³⁷⁴ nicht definiert ist, kann man Product Placement, wenn man Werbung durch die Intention - Absatzförderung - und den Inhalt kennzeichnet, als Werbung qualifizieren.³⁷⁵

Wenn man mit einer Werbedefinition konfrontiert ist, die das Product Placement durch Werbebeschränkungen ausschließt, dann wird teleologisch argumentiert:

„Ein Product Placement, das gesetzlichen Werbeverböten zuwiderläuft, ist stets unzulässig“

372 BVerfGE 73, 118, 152.

373 G.Dörfler, Product Placement, 1993, S.61.

374 Anders bei der Fernsehrichtlinie; siehe dazu 2.Kapitel II 1 c cc).

375 So B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S.102 unter Hinweis auf R.Bork, Product Placement und Wettbewerbsrecht - Zu den Grenzen "medialer" Fernsehwerbung, GRUR 1988, 264, 270 f. Die Werbeintention soll nach Bork für die wettbewerbsrechtliche Betrachtung maßgeblich sein, während das objektive Erscheinungsbild - wohl ein Übermaß an Werbung - für die rundfunkrechtlichen Sanktionsmechanismen ausreichen soll (dagegen B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S. 102 Fn.27). R.Bork nimmt dabei auf die Definition P.Lerches (Werbung und Verfassung, 1967, S. 11) Bezug: "diejenige Tätigkeit ..., die mittels planmäßiger Anwendung beeinflussender Mittel darauf abzielt, andere Menschen ... für eine konkrete Meinung oder Verhaltensweise zu gewinnen."

behaupten Literaturmeinungen unter Rekurs auf den Schutzzweck der Werbeverbote.³⁷⁶ Es handelt sich um eine *negative Parallelitätsratio*, die Product Placement unmittelbar den Werbeverböten unterwerfen will. Diese Meinungen haben in Rechtsgebieten, die von Werbebeschränkungen und (noch) nicht von Werbe**verboten** geprägt sind (Alkoholwerberecht, das nur Beschränkungen gegenüber Jugendlichen kennt), keine Aussagekraft. Auch in ihrer grundsätzlichen Bedeutung überzeugt die Parallelitätsratio nicht. Diese Betrachtungsweise läßt die besondere Verbindung, die Product Placement mit dem Kommunikationsträger- und Kommunikationsmittel eingeht, unberücksichtigt - und damit den besonderen Schutz *den der Kommunikationsträger von Product Placement per se* genießt.

So macht es einen Unterschied, ob ein Arzneimittelproduzent einen Rundfunkwerbespot erstellt oder einen Dokumentarfilm über die Geschichte und heutige Anwendung von Chinin unter Präsentation der entsprechenden Medikamente zeigt. Ein solcher Film könnte als Kunstwerk in Art. 5 Abs. 3 GG geschützt sein. Ein pauschales Verbot des Vertriebes dieses Film in Kinos oder im Rundfunk nur deshalb, weil ein Werbeverbot im Heilmittelwerbegesetz besteht, kann in Anbetracht des hohen Werts der Kunstfreiheit - die im Einzelfall zu prüfen ist - nicht überzeugen.

Product Placement liegen also zwei unterschiedliche rechtliche Beziehungen zugrunde: zum einen die Frage, ob der Plazierende, der mit einem Werbeverbot oder einer -beschränkung belegt ist, (wettbewerbs)rechtswidrig handelt; zum anderen die Frage, ob die (Weiter-)Verbreitung des Kommunikationsträgers deswegen untersagt werden kann, weil gegen das Verbot des Product Placement durch den Plazierenden verstoßen wurde. Die Einzelfallprüfung kann dazu führen, daß *nur ein Hinweis auf die werbliche Quelle des Kunstwerks*³⁷⁷ als verhältnismäßiger Ausdruck grundrechtsimmanter Schranken verhältnismäßig ist.³⁷⁸

In dem Beispiel des Dokumentarfilms über Chinin könnte ein Hinweis auf die Verschreibungspflichtigkeit des Medikaments und/oder die Nebenwirkungen ausreichen.

Auch bei der gemeinschaftsrechtlichen Tabakwerbeverbotsrichtlinie ist nicht ganz eindeutig, ob Product Placement etwa in Spielfilmen untersagt ist. Die Richtlinie (Art. 2 Abs. Nr.1 und Art. 3 Abs. 1)³⁷⁹ bezieht sich bei dem Werbeverbot zunächst auf „*Angaben im geschäftlichen Verkehr*“, die man bei einem Spielfilm nicht ohne weiters bejahen kann. Die Kulturschaffenden wollen diesen Film mit einem rauchenden Darsteller erstellen; eine spezielle Verkaufsförderungsabsicht könnte dahinter zurücktreten. Teleologisch wird man indes argumentieren können,

376 Bejahend B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S.102 f; Henning-Bodewig, Product Placement im Kino, ZUM 1988, 263 ff.

377 So auch BGH Urt.v.6.7.1995 "Feuer, Eis & Dynamit" NJW 1995, 3182 f für die Unzulässigkeit des Vorführungs- und Verleihverbots eines werblichen Kunstwerks.

378 Ergänzend können allerdings dann das Verbot des Bartering eingreifen.

379 Art. 2 Nr. 2 "Werbung": alle *Angaben* im geschäftlichen Verkehr, deren Ziel oder deren direkte oder indirekte *Wirkung* die Verkaufsförderung für ein Tabakerzeugnis ist, *einschließlich der Werbung*, die, ohne unmittelbar auf das Tabakerzeugnis hinzuweisen, das Werbeverbot dadurch zu umgehen versucht, daß sie Namen, Marken, Symbole oder andere Unterscheidungsmerkmale von Tabakerzeugnissen verwendet."

daß nahezu jede Werbung an das Publikum (außerhalb der Verkaufsstellen), auch die indirekte, untersagt sein soll. Damit ist die Frage der Verantwortlichkeit der Kulturschaffenden bei der Entgegennahmen von Leistungen für die Abbildung etwa von Zigaretten(packungen) noch nicht beantwortet. Ein Hinweis auf die Wirkungen von Tabak oder die Aufklärung über den Beitrag des Tabakproduzenten dürfte nicht erfolgen, weil es sich dann eindeutig um eine Umgehung des Tabakwerbeverbots handelt. Notwendig ist hier eine Einzelfallbetrachtung.

Gerade bei der Konkretisierung einer Generalklausel - insbesondere bei der Indizierung der Sittenwidrigkeit durch UWG-externe Verbote von Werbung - können Werbeverbote und -beschränkungen nicht ohne weiteres als Verbote des Product Placement qualifiziert werden.

d) *Product Placement versus Schleichwerbung*

Weil Product Placement sich als Begriff im Rundfunkrecht nicht findet, stellt sich die Frage der Identität von Product Placement und Schleichwerbung. Die Definition von Schleichwerbung als

„Erwähnung und Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers...“

könnte das (Kommunikations-)Ziel von Product Placement idealiter beschreiben. Zutreffend erfaßt der BGH Schleichwerbung als Teilmenge von Product Placement:

„jene vielfältigen Formen der zu Werbezwecken abgesprochenen Produktplatzierung (Product Placement), die im Zusammenhang mit der Übertragung des Programms gezielt und planmäßig auf die Beeinflussung der Kaufentscheidung des Fernsehzuschauers gerichtet sind und als Schleichwerbung bezeichnet werden können.“³⁸⁰

Aus der Sicht des Rundfunkrechts ist nur *das* Product Placement unzulässig, das eine Schleichwerbung darstellt. Hier kommt es zum einen darauf an, ob die Rezipienten *über den Anlaß* der Darstellung oder der Erwähnung des Produkts irren können. Wenn umstritten ist, ob die Schleichwerbung „dramaturgisch“ oder „placement determiniert“ ist, hat die Entrichtung einer Gegenleistung Indizwert. Weil das Schleichwerbungsverbot teleologisch auf den *Irreführungsschutz* reduziert ist („...irreführen kann“), wären bei einer synonymen Verwendung von „Product Placement“ und „Schleichwerbung“ diejenigen Varianten von Product Placement, die eine programmatische Veranlassung *nicht vorgeben*, nicht erfaßt.³⁸¹

380 BGH Urt.v.22.2.1990 Werbung im Programm" NJW 1990, 3199, 3201. Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit bei Werbeträgern, die eine spezialgesetzliche Regelung der Schleichwerbung nicht kennen, Product Placement als Schleichwerbung zu qualifizieren ist.

381 Weil das Ziel der Platzierung bei der Schleichwerbung - Anteilhabe an der vor allem durch Sportberichterstattungen und Spielfilmen erhöhten emotionalen und intentionalen Aufnahmebereitschaft der Rezipienten ohne Zuordnung zu als solcher eindeutig gekennzeichnete Werbung (B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S.24 ff.) - bei diesen Placementformen nicht erreicht werden kann, lehnt eine Ansicht ihre Qualifikation als

Ein Beispiel wäre der Film *Feuer, Eis & Dynamit*³⁸², bei dem zumindest das OLG Hamburg die Gefahr der Irreführung der Rezipienten über den nur kommerziellen Hinter- und Vordergrund verneinte.³⁸²

Der Begriff „Product Placement“ ist damit umfassender, weil er auch Plazierungen eines Produktes in einem Kommunikationskontext - und damit außerhalb gekennzeichneteter (Block-)Werbung umfaßt - bei denen über die Werbung und die werbende Wirkung *nicht getäuscht wird*. Ein zweites Argument, daß gegen die Gleichung „Product Placement = Schleichwerbung“ spricht ist, daß das Rezipienteninteresse nicht nur

- durch eine Täuschung über den Autor des Programms oder Programmelements sondern auch
- durch eine Belästigung mit Werbung und eine Qualitätsminderung, die ein Programm mit einem hohen Werbeanteil haben mag,

beeinträchtigt sein kann. Product Placement hat deshalb in zweierlei Hinsicht Bedeutung für die Rezipienten, von denen nur eine - die *Irreführungsgefahr* - vom Begriff der rundfunkrechtlichen „Schleichwerbung“ erfaßt wird. Hinsichtlich des zweiten Aspekts - nämlich der Konfrontation des Rezipienten mit einem Übermaß an werblicher beeinflusster Kommunikation (hier als „*Übermaßargumentation*“ bezeichnet) - enthält der Begriff „Schleichwerbung“ keine unmittelbaren Aussagen.³⁸³

Das Entgelt- und/oder Gegenleistungskriterium kann deshalb keine definitorische Voraussetzung für das Product Placement³⁸⁴ sein (genauso wie bei der Schleichwerbung), weil es für die (wettbewerbs)rechtliche Beurteilung *auch* darauf ankommt, daß *übermäßig im Programm* geworben wird. Die Tatsache allein, daß für die Verbreitung dieser Werbung eine Gegenleistung entrichtet werden muß, ist für die Definition von Product Placement nicht zwingend. Die Gegenleistung ist indes ein starkes Indiz dafür, daß eine programmatische Veranlassung für das Pla-

Product Placement von vorneherein ab. G.Dörfler, Product Placement im Fernsehen - unlautere Werbung oder denkbare Finanzierungsquelle im dualen Rundfunksystem?, 1993, S.24, 29.

382 So das OLG Hamburg Urt.v.25.11.1993, WRP 1994, 125, 129 spricht vom "stilistisch gewollten Übermaß an Werbung." - eine Betrachtung der sich der BGH nicht angeschlossen hat.

383 Andere Definitionsversuche beschränken Product Placement auf die nicht "ausschließlich an filmischen Belangen orientierte Darstellung eines Produkts" B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S.23.

384 So zur alten Rechtslage vor dem Rundfunkstaatsvertrag B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S.23. Als Beweislastregel aufgefaßt von D.Herkströter, Werbebestimmungen für den privaten Rundfunk nach dem Rundfunkstaatsvertrag vom 31.8.1991, ZUM 1992, 395, 402 mit weiteren Beispielen, in denen ohne Nachweis der Gegenleistung von "Schleichwerbung" auszugehen ist.

cement des Produkts oder Unternehmens nicht oder nicht in signifikantem Maß bestand, mit der Folge der Indizierung der Irreführungsgefahr.³⁸⁵

4. *Sponsoring, Product Placement und Schleichwerbung*

Am deutlichsten ist die Unterscheidung von Placement und Sponsoring (*dazu siehe unter III*) im Rundfunkrecht - der Sponsor wird im *Vor- und Nachspann* der Sendung erwähnt, während Placement vorwiegend auf den Anteil des Werbenden an der *Sendezeit und Wirkung des Programms* zielt.³⁸⁶ Auch wenn Sponsoringhinweise inzwischen Produkte zeigen³⁸⁷, ist beim Sponsoring die „*Finanzierungsaussage*“³⁸⁸ die *Verbindung zum Programm, während* beim Product Placement der *Integration des Produkts in das Programm die Programmaussage folgt*.

Kommunikationsstrategisch kann *Product Placement* eine Folge von *Ereignissponsoring* oder *Personensponsoring* sein - so wenn der Sportler nur Interviews in einer Kleidung mit dem aufgestickten Logo des Sponsors gibt.³⁸⁹ ³⁹⁰Es handelt sich um eine besondere Form des Product Placement, nämlich *Product Placement via Ereignissponsoring*. Rechtlich handelt es sich bei diesen Place-ments nicht um unzulässige *Schleichwerbung (Art. 7 Abs. 5 RfSt)*, weil die Rezipienten etwa bei der „Werbung am Hemd“ wissen, daß der Sponsor des Sportlers für diese Werbung zahlt und der Gesponsorte nur so zum Interview erscheint.³⁹¹ Eine Irreführungsgefahr liegt deshalb nicht vor.³⁹²

385 auch wenn das rundfunkstaatsvertragliche Schleichwerbungsverbot für den Nachweis der Erwähnung zu Werbezwecken nicht immer ("insbesondere") den Nachweis der Gegenleistung verlangt.

386 Bei anderen Werbeträgern verschwimmen die Grenzen; so wenn bei Kultursponsoring der Name des Sponsors beispielsweise auf dem Programm des Gesponserten miterscheint ("Sponsoring - Fremdwerbung siehe unter III). Allgemein zur Abgrenzung B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S.15 f.

387 Der Sponsor Hyundai bildet im Sponsorenvermerk einen Wagen ab; siehe unter III..

388 Es sind nicht nur Geldzahlungen sondern auch "Beiträge" möglich.

389 Ein Beispiel dafür, daß es nicht immer bei der vergleichsweise bekannten Trikotwerbung bleiben muß ist die Benennung von Pferden (*Sprehe* Ratina Z) und Hindernissen im reitlichen Springsport nach den Sponsoren (siehe oben)

390 Weitere Beispiel, insbesondere die Sponsorenuhr und die Auslobung von Preisen in Quizsendungen, die nach den Werberichtlinien (Art. 14 RfSt), von jeweils unterschiedlichen Herstellern stammen sollen, G.Ring, Medienrecht, 51.Erglfg., 1997, C-0.3 Rn. 52.

391 G.Dörfner, Product Placement im Fernsehen - unlautere Werbung oder denkbare Finanzierungsquelle im dualen Rundfunksystem?, 1993, 24 bezeichnet die Trikotwerbung deshalb nicht als Product Placement.

392 Rundfunkrechtlich sind *Sendungssponsoring, Product Placement und Schleichwerbung* von einander zu trennen. Der BGH erstreckt in seiner Agfa-Entscheidung Rundfunk-sponsoringrecht nur auf den Sendungssponsor und nicht auf den Ereignissponsor (dazu unter III; H.J.Ahrens, Redaktionelle Werbung- Korruption im Journalismus, GRUR 1995, 307, 313 f unter Hinweis auf die nur partielle Spezialität der Regelung in Art. 7 (nunmehr 8)RStV; BGH GRUR 1992, 518 "Agfa"). Das hat zur Folge, daß *Product Placement via Ereignissponsoring* nach rundfunkrechtlichem Schleichwerberecht beanstandet werden kann; oft wird es aber an der Irreführungsgefahr fehlen. Das hat zur Folge, daß Product Placement

Das *Sendungssponsoring* erfüllt wegen der klaren Erscheinungsform des Sponsorenhinweises zunächst nicht den Irreführungstatbestand. Allerdings unterliegt auch das *Sendungssponsoring grundsätzlich* dem Schleichwerbungsverbot. Wenn also im Verlauf des Programms der Sponsor oder sein Produkt des öfteren lobend erwähnt wird (*Product Placement via Sendungssponsoring*), käme es auf den Einzelfall an, ob Rezipienten über den Grund der Plazierung irren. Der Sponsorenhinweis vermindert die Gefahr der Irreführung, so daß das Verbot der Schleichwerbung selten anwendbar ist. Das Rundfunkrecht (Art. 8 Abs. 4) verbietet deswegen die Hinweise auf die Produkte des Sponsors:

„Gesponserte Sendungen dürfen nicht zum Verkauf, zum Kauf oder zur Miete oder Pacht von Erzeugnissen oder Dienstleistungen des Sponsors oder eines Dritten, vor allen durch entsprechende besondere Hinweise, anregen.“

5. Virtuelle Werbung

a) Notwendigkeit eines Hinweises auf die Existenz virtueller Werbung

Virtuelle Werbung verdankt ihre Existenz

„der technischen Möglichkeit ein Bild nachträglich digital dahingehend zu verändern, daß entweder ganze Werbebotschaften in das Bild eingegeben werden oder bestehende Werbung verändert wird“.³⁹³

Es handelt sich um eine Fortentwicklung der aus der Photographie bekannten Retusche und um ein grundsätzliches, nicht auf die Werbung beschränktes, kommunikationswissenschaftliches und juristisches Problem, das hier nur skizziert werden kann. Inwieweit entsprechen *Bilder* der Realität; inwieweit dürfen Photos oder Filme so verändert werden, *daß sie überzeugend eine nie gewesene Realität dokumentieren* (zur Veränderung von *Programmen* siehe unter VI 7) ohne den Rezipienten auf diese Veränderung des „Originals“ hinzuweisen.

Die Retusche ermöglichte die Veränderung von Bildern durch Übermalung und Weglassen einzelner Elemente. Die neuen Computertechniken ermöglichen die *überzeugende* Verformung und (teilweise) Ersetzung *der* Realität, die abgebildet wird. Das Original und das bearbeitete „Zweitoriginal“ treten durch diese neuen Techniken mit gleichen Chancen in den Wettbewerb um die Authentizitätsüberzeugung und den Geschmack des Rezipienten.

Virtuelle Werbung kommt den Finanzierungsinteressen der Medien entgegen - wenn sie *so* die Werbeflächen, die durch Werbung und Sponsoring des Ereignisses oder der Person erworben werden, bei der medialen Verbreitung neu vermarkten können.

So könnten die Banden und die Trikots³⁹⁴ mit den Werbungen anderer Unternehmen versehen werden oder die übertragene Veranstaltung um neue Werbeflächen ergänzt werden.³⁹⁵

via Ereignissponsoring nach rundfunkrechtlichem Schleichwerbungsrecht beanstandet werden kann; oft wird es aber an der Irreführungsgefahr fehlen.

393 G.Ring, Medienrecht, 51.Erglfg., 1997, C-0.3 Rn. 60

Der Strategie des *Product Placement via Ereignissponsoring oder Ereigniswerbung*³⁹⁶ wird - wenn die virtuelle Werbung Abnehmer findet - der Erfolg versagt. Diese werbestrategisch logische Entwicklung stellt die Frage nach der *Wahrheit unserer Bilder* - sollen sich auf- oder abgeklärte Rezipienten darauf verlassen können, daß das Photo oder der Film sich nicht nur durch Beleuchtung, Kameraeinstellung sowie die Wahl des Bildausschnitts von der Realität entfernen, sondern durch inhaltliche Veränderungen, die über die technischen Schranken der Retusche weit hinausgehen.³⁹⁷ Diese Techniken versprechen aus der Sicht des Kommunikators Chancen für die Erhöhung der Durchsetzungskraft von Meinungen und Informationen auf den Märkten der Ideen und Produkte. Diese grundsätzlichen Fragen nach der Wahrheit in der Kommunikationssituation zwischen (vorwiegend) den Medien und ihren Rezipienten können hier nur skizziert werden. Für die Erhaltung der Kommunikationskraft des Photos und des Films in den Massenmedien ist es nach hier vertretener Ansicht notwendig, daß jedenfalls *ein Hinweis* auf die Ergänzung und/oder Ersetzung *der Werbeflächen* erfolgt. Weder die Zulässigkeit der virtuellen Werbung ist geklärt noch die Frage, ob die Ersetzung von bereits genutzten Werbeflächen genauso wie die nachträgliche Anreicherung des Programms mit neuen, vorher nicht vorhandenen Werbeflächen zu behandeln ist. Die Frage, inwieweit durch virtuelle Werbung die zeitlichen Werbegrenzen des Rundfunkrechts (etwa Art. 15 RfSt) umgangen und der Trennungsgrundsatz von Werbung und Programm (Art. 7 Abs. 3 RfSt) verletzt wird, muß geprüft werden.

Eine Meinung, die ohne weitere Begründung von der Unzulässigkeit der virtuellen Werbung durch den Rundfunkveranstalter selbst, im übrigen aber von der Zulässigkeit des Einkaufs und der Ausstrahlung von mit virtueller Werbung bearbeiteten Bildern ausgeht, überzeugt nicht.³⁹⁸

Auch für die Presse stellt sich die Frage der Zulässigkeit des Abdrucks solcher Bilder, soweit die Presse Kenntnis von der Bearbeitung hat oder haben kann. Wenn man nicht unter Berufung auf den Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm (§ 1 UWG) verlangt, daß solche Nachbearbeitungen unterbleiben,

394 Ungeklärt ist, inwieweit die Zustimmung der Träger wie auch der Eigentümer der Werbeflächen vorliegen muß.

395 Empfehlung des ständigen Ausschusses des Europarats v.20.3.1997 über den Einsatz von virtueller Werbung insbesondere bei der Übertragung von Sportereignissen (abgedruckt bei G.Ring, Medienrecht, 2.Bd., 51 Erglfg., 1997, C-0.3 Rn. 60 m.w.N.), die im wesentlichen die Selbstkontrolle der Fernsehveranstalter und einen Informationshinweis an die Rezipienten fordert.

396 Wenn die Werbeflächen nicht aufgrund von Sponsoring, sondern aufgrund von Werbeverträgen vergeben werden. Ähnliches gilt für Personensponsoring und Personenwerbung.

397 Es handelt sich um ein allgemeines Problem, das detailliert und einzelfallabhängig gelöst werden muß. Diese Arbeit konzentriert sich auf die strategische Veränderung der Abbildung von Realitäten durch die Werbung. Zur Beeinflussung von Programmen siehe unter V 7.

398 G.Ring, Medienrecht, 2.Bd., 51 Erglfg., 1997, C-0.3 Rn. 60.

dann wird wenigstens *ein Hinweis* auf die Existenz der virtuellen Werbung verlangt werden müssen. Dieses Erfordernis entspricht nicht nur der BGH-Rechtsprechung zur Wirtschaftswerbung in Kinofilmen,³⁹⁹ sondern auch den Empfehlungen des für das Fernsehübereinkommen des Europarats zuständigen Ausschusses.⁴⁰⁰

b) *Virtuelle Werbung als Sprache*

Aus meinungsfreiheitlicher Perspektive ist festzuhalten, daß die virtuelle Werbung eine interessante Plazierungsoption für Sprache eröffnet oder bestehende Optionen effektiver gestaltet. Bei virtueller Werbung handelt es sich unproblematisch um Sprache; die Tatsache, daß der Rezipient über das Sprachumfeld unzutreffende Vorstellungen haben kann, weil

- entweder bei dem abgebildeten Ereignis und/oder der Person eine andere Werbung („Ersetzung“),
- oder bei dem abgebildeten Ereignis und/oder der Person dort zu der Zeit der Aufnahme keine Werbung („Ergänzung“)

erfolgte, wäre, wenn man Werbung als Meinung schützt, für die Eröffnung des Schutzbereichs irrelevant. Im Rahmen des effektiven Garantiebereichs können die grundrechtlich geschützten Informationsrechte der Rezipienten (dazu siehe im 7. Kapitel) dann berücksichtigt werden.

c) *Virtuelle Werbung als „Tarnung von Werbung“*

Virtuelle Werbung ist grundsätzlich erkennbar und/oder gekennzeichnet.⁴⁰¹ Mit der „Tarnung von Werbung“ hat die virtuelle Werbung gemein, daß durch die Integration in das Programm Filterungslasten für die Rezipienten erzeugt werden. Die beiden Varianten der virtuellen Werbung verursachen unterschiedlich hohe Filterungslasten: bei der „ersetzenden virtuellen Werbung“ bleibt die Filterungslast im Verhältnis zum „Original“ im wesentlichen gleich;⁴⁰² bei der „ergänzenden virtuellen Werbung“ wird sie quantitativ und qualitativ höher. „Getarnt“ wird bei der virtuellen Werbung die Tatsache, daß die Werbung am abgebildeten Ereignis und/oder der Person zum Zeitpunkt der Aufnahme - **der Abbildung der Realität - nicht präsent** war. Insoweit handelt es sich bei der virtuellen Werbung um eine Variante der „Nicht-Werbung“.

399 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3181 "Wirtschaftswerbung in Kinofilmen - Feuer, Eis & Dynamit".

400 Abgedruckt bei G.Ring, Medienrecht, 2.Bd., 51 Erglfg., 1997, C-0.3 Rn. 60 m.w.N.

401 Vorstellbar wäre auch, daß virtuelle Werbung als Product Placement erfolgt; so daß das beworbene Produkt oder der Unternehmensname nachträglich in einen Spielfilm oder ein Photo integriert wird. Hier gelten die allgemeinen Grundsätze der Schleichwerbung.

402 Obwohl vorstellbar ist, daß die Bearbeitung zu einer besseren Präsentation der Werbung auf den Werbeflächen führt.

6. „Redaktionelle Werbung“

Product Placement, *virtuelle Werbung* und *Schleichwerbung* beschreiben Aktivitäten und Strategien des *Werbenden* - also im wesentlichen *Eigenwerbungs- und -Darstellungsszenarien*.⁴⁰³ Darüber hinaus verlangen die Wettbewerbsgerichte, soweit sie befaßt werden, auch eine Selbstbeschränkung der *Programmschaffenden*. „Programme“ (redaktioneller Teil), die in besonderem Maße werbende Wirkungen entfalten, werden auf die programmatische Veranlassung der Plazierung und/oder Erwähnung⁴⁰⁴ von Produkten und Unternehmen überprüft (siehe unter II 3 und V 5 a bb). Diese Prüfung erfolgt unabhängig davon, ob für die Kreation des Programms eine (nachweisbare) Gegenleistung erfolgt ist oder eine andere, wettbewerbsrechtlich zu beanstandende Kausalitätskette sichtbar ist. Diese werbende Wirkung von „*Fremddarstellungsszenarien*“ wird in der Literatur und Rechtsprechung unter dem Begriff „redaktionelle Werbung“ erörtert. Im Rahmen dieser Arbeit wird der Begriff „Werbung im Programm“, der nicht auf die Presse beschränkt ist, zugrundegelegt. Wie nahtlos die Verantwortung von Werbenden und Programmschaffenden für den werblichen Gehalt oder die Klarheit über den werblichen Gehalt eines Programms ineinanderübergeht hat, zeigen die neueren Beispiele der „Flex-“, und „Shadowanzeigen“.⁴⁰⁵ Es handelt sich um Werbeanzeigen in der Presse, die wie das Programm („redaktionell“) gestaltet sind, aber durch die besondere Positionierung der medialen Sprache um die Anzeige herum (ein Bild etwa mit gut sichtbarer Bandenwerbung („Flexanzeigen“)) oder durch die Unterlegung der medialen Sprache mit schattierten Symbolen (etwa von Autotests mit dem schattierten Emblem eines Automobilunternehmens (Shadowanzeigen) über die Eigenschaft als Werbung zumindest den Durchschnittsleser täuschen können. Der Deutsche Presserat verlangt hier die Kennzeichnung als „Anzeige“.⁴⁰⁶

7. Verhältnis der Begriffe *Product Placement*, *Schleichwerbung* und *Werbung im Programm* zueinander

Wollte man die Begriffe „Product Placement“, „Schleichwerbung“ und „Werbung im Programm“ als Mengen darstellen, so wäre die größte Menge die „Werbung im Programm“. Die Menge des *Product Placement* wäre vermutlich kleiner, weil es

403 Man könnte beim Product Placement via Produkt Plazierung aufgrund der Integration des Produkts in das Programm den Werbungscharakter verneinen und ein Darstellungsszenario annehmen.

404 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl., § 1 Rn.44.

405 D. Wolff, Schleichwerbung in den Pressemedien, 1997, S. 20 ff: vom Deutschen Presserat wurden 1996 Verfahren gegen sogenannte "Flexanzeigen" und "Shadowanzeigen" abgeschlossen. Bei Flexanzeigen handelt es sich um die optische Anpassung des Textes an ein Bild mit etwa gut sichtbarer Bandenwerbung und bei den Shadowanzeigen um die Unterlegung etwa von Autotests mit dem schattierten Emblem eines Herstellers.

406 Eine Kausalitätskette ist beispielsweise sichtbar bei der Trikotwerbung oder dem Springwettbewerb im Reiten.

Werbung im Programm gibt, die programmatisch (zwingend) veranlaßt ist und desweiteren nicht auszuschließen ist, daß sich Journalisten durch „Placement von Geld“⁴⁰⁷ - das hier nicht als Form des Product Placement erwähnt wurde - ihre Souveränität abkaufen lassen, ohne daß ein produkt- oder sprachbezogener Beitrag des Plazierenden vorliegt. Zwischen Product Placement und *Werbung im Programm* existiert eine Schnittmenge, weil es auf der einen Seite Product Placement gibt, das in das Programm übernommen wird (und so in der Schnittmenge zur Werbung im Programm wird) und etwa Product Placement via Ereignissponsoring oder Ereigniswerbung, dem diese Integration in das Programm nicht gelingt (ungünstige Kameraeinstellung, die Bandenwerbung nicht lange genug erfaßt). Die Schleichwerbung gehört *zum Teil* der Schnittmenge aus „*Product Placement und Werbung im Programm*“ an und *zum Teil der Werbung* im Programm an. Es gibt Werbung im Programm, die als Schleichwerbung unzulässig ist, aber nicht auf Product Placement beruht.

An diesen Überblick über die Struktur der „Nicht-Werbung“ schließen die Abschnitte III und IV zur Struktur anderer Optionen der Kommunikationspolitik nämlich des Sponsoring und der Public Relations an.

III. Struktur des Sponsoring und des Sponsoringrechts

1. Begriff

a) Kommunikationspolitische Wirkungen als Ziel von Sponsoring

Sponsoring ist die

„Bereitstellung von Geld, Sachmitteln, oder Dienstleistungen durch Unternehmen zur Förderung von Personen ... oder Organisationen im *sportlichen, kulturellen* und/oder (ergänze; *ökologischen*) oder *sozialen* Bereich, um damit gleichzeitig Ziele der eigenen *Unternehmenskommunikation* zu erreichen.“⁴⁰⁸

Sponsoring ist damit *eine* Option der Kommunikationspolitik im Marketing-Mix und basiert grundsätzlich auf Gegenseitigkeit. *Die gesponserte Person oder Organisation gibt ihr Können, Engagement und/ oder ihren Ruf und der Sponsor bezahlt für das Recht der Assoziation.* Die Gegenleistung, die der Sponsor erhält, ist *grundsätzlich ein Recht auf Kommunikation mit dem Mindestinhalt: ich bin*

407 Anders E.Ullmann, Spenden - Sponsern- Werben, in: Festschrift für F.Traub, 1994, S.411 ff.

408 M.Bruhn/R.Mehlinger, Rechtliche Gestaltung des Sponsoring, 1.Bd. 2.Aufl, 1995, S. 4 und werbestrategischer derselbe, Sponsoring, in: B.Tietz u.a., Handwörterbuch des Marketing, 2.Aufl., 1995, 2342: "Planung, Organisation, Durchführung und Kontrolle sämtlicher Aktivitäten, die mit der Bereitstellung von Geld, Sachmitteln und/oder Dienstleistungen durch Unternehmen zur Förderung von Personen und/oder Organisationen im sportlichen, kulturellen, (zu ergänzend wären ökologischen) und/oder sozialen Bereich, um damit gleichzeitig Ziele der Unternehmenskommunikation zu erreichen". Die Einbeziehung des politischen und parteilichen Sponsoring fehlt; weitgehend handelt es sich hier um getarnte Sprache.

Sponsor von (Eigensponsoringwerbung). Sponsoring weist damit auch eine Nähe zu einem Fremddarstellungs- oder Fremdwerbungsszenario auf: Der Gesponserte, und nicht nur das eigene Produkt oder Unternehmen, wird zum Inhalt von kommerzieller Sprache⁴⁰⁹. Diesen Inhalt von Sprache kann der Sponsoring-Kommunikator

- entweder durch eigene Werbemittel („*Eigensponsoringwerbung*“)
- oder durch Werbemittel, die der Gesponserte für sich benutzt (etwa Programme, die beim Kultursponsoring auch den Namen des Sponsors tragen; „*Fremdsponsoringwerbung*“)⁴¹⁰
- oder durch Werbemittel, die im Zusammenhang mit der Leistung des Gesponserten („*Zusammenhangswerbung*“ entweder mit dem Programm wie beim Sponsorenhinweis bei Fernsehsendungen, oder mit dem Ereignis wie bei der Trikotwerbung) eingesetzt werden,

kommunizieren.

Fall IV, in dem die Fast Food Kette mit der *Förderung einer unternehmensexternen sozialen Einrichtung* (Deutsches Kinderhilfswerk) wirbt, ist ein typischer Fall des Sozialsponsorings.⁴¹¹

Der Grundsatz, daß die vom Sponsor erwartete Gegenleistung *nur* in *kommunikationspolitischer Münze erfolgt*, kennt Ausnahmen:

Fall V, die Werbung mit dem Fahrtkostenzuschuß - zielt auf die Förderung des Umweltschutzes durch Vermeidung von Individualverkehr, der in hohem Maße für Co2-Emissionen verantwortlich ist. Wer der Gesponserte ist - der Personennahverkehr, der Kunde oder die Umwelt - ist hier nicht eindeutig. Man kann argumentieren, daß über die Zugabe an den Kunden mittelbar der Personennahverkehr gefördert wird und so mittelbar ein Beitrag zu Verringerung von Umweltbeeinträchtigungen geleistet wird. Bei *Fall V* ist - *im Gegensatz zu Fall IV* (Sozialsponsorings) - eine besondere Nähe zum eigenen Marketing festzustellen. Die Zugabe dient auch dazu, den Gestehungspreis für die Produkte - Fahrkosten und Kaufpreis - zu senken und ist damit ein *kontrahierungspolitisches und nicht nur kommunikationpolitisches Instrument*. Ein solches „Sponsoring“ hat große Ähnlichkeit mit der sogenannten „Wertreklame“, die durch Ankündigung von Rabatten und Zugaben erfolgt.⁴¹²

Ein Beispiel, bei dem die Wirkung von Sponsoring *nicht nur im kommunikations- sondern auch im finanzpolitischen* Bereich erwartet wird, ist die Ankündigung, die Einnahmen eines bestimmten Tages den eigenen Mitarbeitern zu-

409 Es gibt auch hier Grenzfälle wie die Testimonialwerbung mit Prominenten oder die Werbung der FAZ: Dahinter steckt immer ein kluger Kopf“.

410 Eine Mischung aus Eigen- und Fremdsponsoringwerbung ist die Anzeige von Ruhrgas "Einladung ins Paradies" über die "bewährte Partnerschaft" mit dem Museum Folkwang und die Ausstellung von Bildern Gaugins unter Angabe der Öffnungszeiten und Adressen des Gesponserten (Die Zeit Magazin 1998, Nr. 31, S.5)

411 G. Federhoff-Rink, Social Sponsoring in der Werbung, zur rechtlichen Akzessorietät der Werbung mit Umweltsponsoring, GRUR 1992, 643 ff mit weiteren Beispielen.

412 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., § 1 UWG Rn. 85 ff "Wertreklame"; vergleiche auch Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) Schönfelder Nr. 78 und Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft Erster Teil: Zugabewesen (Zugabeverordnung) Schönfelder Nr. 79.

kommen lassen zu wollen.⁴¹³ Die Motivation des Personals - das interne Marketing des Unternehmens - wird hier gefördert und real werden Aufwendungen für die Unternehmenskultur durch die Sponsoringwerbung effektiviert und umgekehrt.⁴¹⁴

Es gibt auch Sponsoring, bei dem es an einer personalen Gegenseitigkeit fehlt, und bei dem der Sponsor in ein nicht kommunikationsfähiges Subjekt (Tierschutz in Afrika) oder in ein Objekt (Ökosponsoring durch Ankauf von Urwald in Brasilien) *investiert*. Es handelt sich dann um Grenzfälle zur Unternehmenswerbung (siehe oben I 4 g cc). Ihre Erfassung als Sponsoring ist sachgerecht, weil Unternehmenswerbung definitorisch nicht die Förderung von Personen oder Sachen verlangt, die über die Kosten der Verbreitung hinausgeht.

Sponsoring im hier verstandenen Sinne ist eine Option der Kommunikationspolitik. Die Gewährung von Geld- oder Sachleistungen an Journalisten, die gerade *nicht kommuniziert* werden soll, fällt deshalb nicht unter den Begriff des Sponsoring. Es handelt sich um eine Strategie der „Tarnung von Werbung“ (siehe unter II).

b) *Anwendbarkeit der Werbestructur auf das Sponsoring*

Der Sponsoring-Abschnitt dieser Arbeit ist aus mehreren Gründen viel kürzer als die Ausführungen zur Werbung und zum Werberecht.

(1) ***Parallelität der Strukturen.*** Sponsoring benutzt im wesentlichen die identischen Werbeträger und Werbemittel, die die Werbung verwendet, um das Sponsoring zu kommunizieren. Insoweit kann auf Abschnitt I verwiesen. Dementsprechend parallel sind auch die Strukturen des Sponsoringbeschränkungsrechts.

Ein Beleg für die Ähnlichkeit der Struktur von Sponsoring und Werbung ist etwa die Unterscheidung von ***Sponsoring-Produktwerbung*** und ***Sponsoring-Unternehmenswerbung*** in der gemeinschaftsrechtlichen Fernsehrichtlinie (Art. 17 Abs. 3):

„Beim Sponsoring von Fernsehprogrammen durch Unternehmen, deren Tätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Arzneimitteln und medizinischen Behandlungen umfaßt, darf für den Namen oder das Image des Unternehmens gesponsert werden, nicht jedoch für bestimmte Arzneimittel oder medizinische Behandlungen, die in dem Mitgliedstaat, dessen Rechtshoheit der Fernsehveranstalter unterworfen ist, nur auf ärztliche Verordnung erhältlich sind.“

(2) ***Sponsoring als (juristische) „Neuheit“.*** Sponsoring ist immer noch eine neuere Erscheinung als die Werbung und das Zögern der Wissenschaft, sich mit diesen Alltagsphänomen zu beschäftigen, ist vergleichbar dem langen Schweigen nach der ersten Arbeit P.Lerches zum verfassungsrechtlichen

413 BGH GRUR 1991, 545 "Tageseinnahme für Mitarbeiter".

414 Zu den Konsequenzen im Rahmen von § 1 UWG siehe die Bewertung im 1.Kapitel.

Schutz der Werbung.⁴¹⁵ So existieren bisher - soweit ersichtlich - keine Monographien zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Sponsoring.⁴¹⁶ Die Schwerpunkte der literarischen Behandlung liegen im Zivil-⁴¹⁷, Steuer-⁴¹⁸, Rundfunk- und Heilmittelwerberecht der häufig verwendete Praxiskommentar von Baumbach/Hefermehl zum UWG widmet dem Sponsoring gerade eine Randnummer.⁴¹⁹ Es handelt sich sicher nur um eine Momentaufnahme; spätestens mit dem Sponsoringverbot der Tabakwerbeverbotsrichtlinie wird die Befassung mit dem Sponsoring zunehmen.⁴²⁰ Erkennbar ist aber bereits jetzt, daß das Sponsoring vor allem als werbestrategische „Umgehung“ des Werbebeschränkungs- und insbesondere des Werbeverbotsrechts in das Interesse des Gemeinschafts(gesetzgebers) rückt. Aus ähnlichen Gründen mußte sich das BVerfG mit der Frage der Zulässigkeit von Sponsoring bei freien Berufen, den Apothekern, befassen.⁴²¹

(3) Sponsoring als (rechts-)politische Herausforderung. Soweit es sich nicht um die unmittelbare Beeinflussung der Programmgestaltung der Medien handelt, *ist* Sponsoring vor allem eine (rechts-)politische Herausforderung. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Gestalt von Sport und Kunst durch den Sponsor mitbestimmt werden. Ein signifikantes Beispiel sind die Veränderungen im Radsport. Seit die Deutsche Telekom das Team Telekom sponsort, hat sich das sportliche Profil eines Radfahrers von Weltgeltung geändert. Es geht nicht mehr darum, in einer Saison bei möglichst vielen Rennen konstante Leistungen zu zeigen und Rad zu fahren. Stattdessen erfolgt eine strategische Konzentration auf die „Tour de France“, das Rennen, das die größte Medienbe-

415 P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967; F.Drettmann, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1984 und A.Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1993. K.Bücher, Die wirtschaftliche Reklame, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1917/1918 S. 461: "Es ist eine nicht wenig auffallende Tatsache, daß die Wissenschaft gerade mit denjenigen Erscheinungen, welche uns täglich begegnen und unser Nachdenken geradezu herausfordern, am spätesten sich beschäftigt und am schwersten fertig wird. Dieses Schicksal teilt mit vielen anderen auch die Reklame in ihren mannigfaltigen Formen. Man muß sie wohl einmal angeknabbert, wie das Eichhörnchen eine Nuß, sie aber als taube Frucht zu Boden fallen lassen. Impotentes Ästhetentum hat uns dann auch noch gesagt, sie sei eklig, widerwärtig und verdiene ausgerottet zu werden. Mit solchen Dingen beschäftigt sich eine Wissenschaft höheren Stils nicht."

416 Als Problem nicht behandelt von P.J.Tettinger, EG-rechtliche Verbote von Werbung und Sponsoring bei Tabakerzeugnissen und deutsches Verfassungsrecht, 1998.

417 N.G.Weiland, Der Sponsoringvertrag, 1995.

418 Siehe allgemein M.Bruhn/R.Mehlinger, Rechtliche Gestaltung des Sponsoring, 1.Bd. 2.Aufl, 1995, S.93 -116; zur virulenten Frage des Kultursponsoring und der steuerlichen Behandlung des Gesponserten ertragssteuerlichen Behandlung des Sponsoring, NJW 1997, 3425 und N.G.Weiland, Das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen v.9.7.1997 zur ertragssteuerlichen Behandlung des Sponsoring, BB 1998, 344 und Finanznachrichten des Bundesministeriums der Finanzen v. 12.2.1998, "Größerer Spielraum für steuerfreie Sponsoring-Einnahmen gemeinnütziger Körperschaften".

419 § 1 UWG Rn. 41.

420 K.W.Lange, Sponsoring und Europarecht, EWS 1998, 189, 191 zur Vermarktung von Sponsorenrechten und zu Art. 85 ff EGV.

421 1.Kapitel .

richterstattung erhält, und damit ein „Tour de France“-fahren.⁴²² Die Verlockung der kommunikationspolitischen Budgets der Unternehmen führt auch zu einem veränderten menschlichen Anforderungsprofil: So wird sportliche Leistung nur noch dann unterstützt, wenn eine entsprechende kommunikative Kompetenz des Sportlers vorhanden ist. „Kommunikation ist (so) ein Teil der Leistung“.⁴²³ Ein gegenwärtig strittiger Punkt ist, ob auch das ärztlich kontrollierte Doping Teil der Leistung ist, die die Sponsoren verlangen und verlangen dürfen.⁴²⁴ Die Gesetze des Marktes scheinen zu reagieren: die Telekom, die durch einen hochdotierten Sponsoringvertrag an den Radsport bis zum Jahr 2001 gebunden ist, stellt sich jetzt - marketingstrategisch konsequent - an die Spitze der Bemühungen um Dopingkontrollen.⁴²⁵

Weit schwieriger als beim Sport sind die Auswirkungen privater Sponsoren auf den Kultur“betrieb“ zu erfassen. Grundsätzlich stellt sich die (rechts-) politische und kulturelle Frage, wieweit diese Kommerzialisierung weitere Teile der Umwelt⁴²⁶ staatliche Förderung entbehrlich oder gerade notwendig macht (siehe zu kommerzieller Kunst unter V 7).⁴²⁷

(4) Unterschied zur Werbung. Der grundsätzliche Unterschied zur Werbung ist der „Altruismus“ des Sponsoring, der nach hier vertretener Ansicht auch eine besondere rechtliche Würdigung im Vergleich zur Werbung verlangt. Werbung erschöpft sich in sich selbst; Sponsoring leistet einen mehr oder weniger großen Beitrag an „Dritte“, also Personen oder Sachen, die nicht notwendiger Bestandteil der Beziehung von Kommunikator und Rezipient und auch nicht der Sponsoringwerbung sind.

Man könnte nämlich einwenden, daß die Werbung auch Beiträge an „Dritte“ leistet, wenn man die Einnahmen der Medien in der Übersicht 11 einbezieht. Die Typik von Sponsoring geht über *diese notwendigen Investitionen für die Verbreitung der Sponsoringwerbung hinaus*, indem zusätzlich der Gesponserte unterstützt wird. Werbung erschöpft sich grundsätzlich in der Bezahlung des Werbeträgers, während das Sponsoring nicht nur finanzielle, son-

422 Die Strategie ist erkennbar, obwohl nicht auszuschließen ist, daß der Radfahrer mit der größten Werbewirkung, Jan Ulrich, aufgrund seiner Jugend nicht öfter *erfolgreich* einsetzbar ist.

423 FAZ v. 23.7. 1998 S.32 aus einem Interview mit einem Unternehmensberater.

424 So jedenfalls das Eingeständnis des Radfahrers Zülle, FAZ v. 1998, Sportteil, der das Doping mit den Erwartungen der Sponsoren begründet. Siehe auch die Diskussionen und das Dementi um den Einsatz des Fußballsuperstars Ronaldo bei der Weltmeisterschaft trotz evidenter Unpäßlichkeit, die gerüchteweise auf Einwirken und Verträgen mit den Sponsor Nike beruht FAZ v. 15.8.1998, S.30.

425 FAZv. 15.8.1998, S. 29: "Initiative von BDR, Telekom und AdK "Radsportler wollen nun auch Trainingstests,

426 Die grundsätzliche Kommerzialisierung der Umwelt führt auch zur Kommerzialisierung der von der Kommerzialisierung ausgesparten Umwelt. Die Exklaven der "Natur" rücken so immer mehr in die Ferne und werden teurer.

427 Ch.B.Grabner, Sponsoring: Eine rechtspolitische Herausforderung für die Steuerung staatlicher Kunstförderung. KritV1992, 192, 205 auch zu den unterschiedlichen Finanziers von Kunst im Mittelalter (erst Klöster, dann höfisches Rittertum und dann Kaufmanns- und Bankierfamilien).

dem auch sachliche und psychologische Beiträge kennt. Der Sponsor ist wesentlich mehr in den Gestaltungsprozeß des Sports und der Kultur eingebunden, weil das Sponsoringverhältnis grundsätzlich intimer⁴²⁸ und langfristiger geplant ist, als die Schaltung von Werbung.

Die Grenzen zwischen Sponsoring und Werbung sind allerdings wiederum fließend. Es ist vorstellbar, daß Veranstaltungen so von den Werbeeinnahmen (Fremdwerbung auf Trikot- und Bandenwerbung) eines einzelnen oder weniger Kommunikatoren abhängig sind, daß eine sponsoringähnliche Beziehung besteht.

Sponsoring(-werbung) verlangt eine *ganzheitliche Betrachtung*, die nicht nur den Sponsoring-Kommunikator und den Rezipienten, sondern auch den Gesponserten einbezieht. Grundsätzlich ist zu überlegen, ob Sponsoring nicht eine Option der Kommunikationspolitik ist, die „gesellschaftsverträglicher“ als die Werbung ist, die nur sich selbst abbildet und verbreitet.

Ein Beispiel dafür, daß das Sponsoring in einer rechtstatsächlichen Betrachtung neue Gefahren birgt, ist das Sponsoring der Medien für ihre Medieninhalte. So ist es kommunikationsstrategisch wirkungsvoll, daß die ARD (eine öffentlich rechtliche Anstalt) nicht nur über die „Tour de France“ berichtet, sondern auch eines der teilnehmenden Teams, das Team Telekom, mit einem Kooperationsvertrag sponsert. Die Gefährdung für eine freie Berichterstattung ist genauso deutlich: wenn auf einer ganzen Berufsportart der Verdacht des Dopings lastet⁴²⁹ und das zweitbeste Team der letztjährigen „Tour de France“ wegen Doping von der Teilnahme ausgeschlossen wurde, dann kann der mediale Sponsor die Haltung des Gesponserten zum (eigenen) Doping nicht mehr kritisch beleuchten.⁴³⁰ Unabhängig davon, ob das Team Telekom oder einzelne Fahrer gedopt haben, muß kommunikationsstrategisch bei jeder kritischen Befragung des Gesponserten durch einen ARD-Reporter befürchtet werden, daß das Image des Gesponserten allein durch die Verbindung mit Doping beschädigt wird und so die Sponsoringinvestitionen des Mediums entwertet werden. Ein mediales (Kooperations-)Sponsoring, das unmittelbar den eigenen Programminhalt betrifft, vereitelt den Grundversorgungsauftrag einer öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalt. Es handelt sich um eine - nach hier vertretener Ansicht zu schließende - Lücke⁴³¹ des „Fernsehrechts“⁴³², das im übrigen am fortschrittlichsten bei der ganzheitlichen Erfassung des Sponsoring ist und das den besonderen Aspekt des „Beitrags“ („Tun“) gegenüber der „Werbung mit dem Sponsoring“ („Sprache“) unterscheidet.

428 Einige oder wenige Sponsoren, die sich dauerhaft mit einer Person oder Sache identifizieren, während die werbliche Vermarktung einer Person seltener aber einer Sache öfter allen interessierten Werbenden zur Verfügung steht.

429 Der zu einem Fahrerprotest am 24.7.1998 geführt hat.

430 Interview mit dem ARD-Kommentator J.Emig: Soll ich etwa Jan Ullrich fragen, ob er gedopt ist. Das ist nicht mein Stil. Daß jetzt die Fahrer, die negativ geprüft wurden, Doping zugeben, läßt nicht meine Welt zusammenstürzen, sondern die ganze Tour de France" (Der Spiegel Nr. 31/1998, S. 70) ; FAZ v. 24.7.1998, S. 30 "Gefährliche Nähe".

431 Soweit man nicht § 8 Abs. 3 RfSt analog anwendet: Inhalt und Programmplatz einer gesponserten Sendung dürfen vom Sponsor nicht in der Weise beeinflußt werden, daß die Verantwortung und die redaktionelle Unabhängigkeit des Rundfunkveranstalters beeinträchtigt werden." Die Vorschrift ist auf das Sendungssponsoring beschränkt. Im Telekomfall gefährdet der Rundfunkveranstalter durch sein Ereignis- und Personensponsoring die eigene redaktionelle Unabhängigkeit.

432 Das Gemeinschaftsrecht, das die Umsetzungsverpflichtung begründet, kennt kein "Rundfunk-" sondern nur ein Fernsehrecht.

2. *Sponsoring als Tun*

Das Rechtsgebiet, das sich mit dem Sponsoring am intensivsten und zuerst befaßt hat, ist das (gemeinschaftsrechtliche Fernseh- und das) Rundfunkstaatsvertragsrecht mit seiner Definition (Art 8 Abs.1 S. 1 RfSt):

„Sponsoring ist der *Beitrag einer* natürlichen oder juristischen Person oder einer Personenvereinigung, die an Rundfunktätigkeiten oder an der Produktion audiovisueller Werke nicht beteiligt ist, zur *direkten oder indirekten* Finanzierung einer Sendung, um den Namen, die Marke, das Erscheinungsbild der Person, ihre Tätigkeit oder ihrer Leistungen zu fördern“⁴³³.

Sponsoring besteht hier im Beitrag zur Finanzierung von Sendungen („Sendungssponsoring“). Das Sponsoring wird immer unter den Vorzeichen (der Art und Höhe) des Beitrags für einen Gesponserten und mittelbar für den Rezipienten (Zuschauer) bewertet. Das Sendungssponsoring ist hier die Ausnahme, weil das Rundfunkrecht die Mitbestimmung der Sponsoren beschränkt (Art. 8 Abs.3 RfSt) und sich das Sponsoring im wesentlichen auf den Kauf der Werbezeit für den Sponsoringhinweis (=Sponsoringwerbung) beschränkt.

3. *Sponsoring als Sprache: Sponsoringwerbung*

a) *Sponsoringwerbung*

Der Sponsoringwerbeinhalt wird vom „Tun“ geprägt; die Investitionen sind allgemein nicht nur die Voraussetzung für Verbreitung der Sponsoringwerbung. So unterscheidet sich Sponsoring von Werbung. *Sprachrelevant* wird dieses Tun dann, wenn sie den Rezipienten (des Werbeträgers) als Sponsoringwerbung⁴³⁴ bekanntgemacht wird (Art. 8 Abs.2 RfSt):

„Bei Sendungen, die ganz oder teilweise gesponsert werden, *muß* zu Beginn und am Ende auf die Finanzierung durch den Sponsor in vertretbarer Kürze deutlich hingewiesen werden. Neben oder anstelle des Namens des Sponsors kann auch dessen Firmenemblem eingeblendet werden.“

Auf diesen Hinweis seiner Sponsorentätigkeit kommt es dem Sponsor an. Sie soll für ihn und seine Produkte werben.

433 § 9 Abs. 3 des Staatsvertrags über Mediendienste (Berl GVBl 1997, 361 f) verweist auf den Rundfunkstaatsvertrag. Ähnlich die Definitionen im Europäischen Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5.5.1989 (FsÜ), wo Sponsoring in 8.2 g definiert wird als: "Sponsern" (ist) die Beteiligung einer natürlichen oder juristischen Person, die an Rundfunktätigkeiten oder an der Produktion audiovisueller Werke nicht beteiligt ist, *an der direkten oder indirekten Finanzierung einer Sendung*, um die Namen, die Marke oder das Erscheinungsbild der Person zu fördern". Siehe auch EG-Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Ausübung der Fernsehtätigkeit vom 3.10.1989, Art.1 d (FsRL): "Sponsoring": jeder Beitrag eines nicht im Bereich der Produktion der audiovisuellen Werken tätigen öffentlichen oder privaten Unternehmens zur Finanzierung von Fernsehprogrammen mit dem Ziel, seine Namen, seine Marke, sein Erscheinungsbild, seine Tätigkeit oder Leistungen zu fördern".

434 G. Federhoff-Rink, Social Sponsoring in der Werbung, zur rechtlichen Akzessorietät der Werbung mit Umweltsponsoring, GRUR 1992, 643, 645.

Der Sponsorenhinweis erfolgt im Fernsehen als kurzer Spot; beispielsweise wenn Beck's-Bier die Sportschau sponsert, wird ein segelndes Schiff mit dem Beck-Firmenlogo gezeigt.

b) *Unterschiedlicher Informationsgehalt von Sponsoringwerbung und Werbung als Folge der werbeträger- und werbemittelrechtlichen Beschränkung im Rundfunkrecht*

Für die Sponsoringwerbung stehen die üblichen Werbemittel zur Verfügung, ohne daß hier eine grundsätzlich andere rechtliche Bewertung erfolgt als bei der Werbung.

So sind etwa Anzeigen in den Tageszeitungen nach Sportereignissen üblich, in denen der Sponsor der Sportler diese zu ihren Ergebnissen beglückwünscht.

Aus der zeitlichen (§ 8 Abs.2 RfSt „vertretbare Kürze“) und inhaltlichen Beschränkung (Namen und/oder Firmenemblem oder Marke (Produktname) § 8 Abs. 3 RfSt)⁴³⁵ des Werbemittels im Rundfunkrecht wird gefolgert, daß Sponsoring(werbung) die informative Funktion sonstiger Werbung grundsätzlich nicht wahrnehmen könne.⁴³⁶ Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Sponsoring ergeben sich daraus aber nicht:

(1) *Schutz des Sponsoring durch Art. 12 Abs. 1 GG.* Wenn man Sponsoringwerbung als Bestandteil des betätigungsfreiheitlichen Marketing-Mix (Art. 12 Abs. 1 GG) qualifiziert, dann hat der Informations- oder Suggestiongehalt von Werbung keine Relevanz für die Eröffnung des Schutzbereichs. Es kommt allein darauf an, ob der Absatz gefördert werden kann. Der unterschiedliche Informationsgehalt kann allenfalls zu unterschiedlichen Bewertungen im Rahmen der Ermittlung des effektiven Garantiebereichs führen.

(2) *Schutz der Sponsoringwerbung durch Art. 5 GG.* Auch wenn man - entgegen der hier vertretenen Ansicht - jede Werbung durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 1.Alt. GG schützt, überzeugt eine solche Inhaltsbewertung der Sponsoringwerbung im Rahmen der Prüfung der *Eröffnung des meinungs- und/oder informationsfreiheitlichen Schutzbereichs* nicht. Es gibt mehrheitlich suggestive Werbespots, die außer der Nennung des Produkts keine Informationen bieten⁴³⁷. Es kann bezweifelt werden, ob Quantität proportional die Qualität der Information erhöht. Grundsätzlich und abstrakt überzeugt deshalb eine

435 Etwa ARD-Richtlinien für die Werbung, zur Durchführung der Trennung von Werbung und Programm und für das Sponsoring i.d.F. v. 27.6.1995 (abgedruckt bei Ring, Medienrecht, 51 Erglfg., 1997, C- 0.3 Teil C 6.3.abgedruckt bei Ring, Medienrecht, 2.Bd.,51 Erglfg., 1997, C- 0.3 Rn. 101 ff) Teil A 3.1.Zur früher strittigen Frage, unter welchen Voraussetzungen das Produkt genannt werden darf OLG Frankfurt Beschl.v.27.4.1995 NJW-RR 1996, 491 "Isostar".

436 N.G.Weiland, Kultur- und Sportsponsoring im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung urheber- medien- und wettbewerbsrechtlicher Aspekte, 1993, S. 31.

437 Siehe etwa die Aralwerbung mit der Musik von Fats Domino "I'm walking" und dem Mann, der mit dem Kanister bis zur nächsten Araltankstelle wandert.

unterschiedliche Behandlung von Sponsoringwerbung und sonstiger Werbung im Fernsehen nicht; es kommt auf den Einzelfall an. Es ist grundsätzlich nicht praktikabel, von einer Meinung⁴³⁸ die Erfüllung bestimmter Mindestinhaltskriterien zu verlangen. Das entspricht auch der Rechtsprechungserfahrung des BVerfG, das diese Differenzierung bei Art. 5 Abs. 1 GG für die nicht-kommerzielle Sprache ablehnt.

c) *Unterschiedliches und werbeträgerabhängiges, positives Rezipienteninteresse bei Sponsoring und Werbung*

Hier ist zwischen medialen und sonstigen Werbeträgern zu unterscheiden. Bei medialen Werbeträgern spielt die Unterrichtung des Rezipienten über die Ermöglichung der Herstellung des Programms durch den Sponsor eine Rolle.⁴³⁹ Hier können Unterschiede in der Bewertung von Sponsoring und Werbung angebracht sein, weil das Sendungssponsoring wesentlich empfindlicher in die Programmverantwortung der Rundfunkanbieter eingreifen kann als die „klassische Werbeindustrie“. Zwar können auch die Unternehmen, die Blockwerbung schalten, über die Positionierung ihrer Spots mitbestimmen. Die Nachfrage der Werbeindustrie nach Werbezeiten ist ausschlaggebend für das Überleben und Format von Programmen. Die Tatsache, daß *ein bestimmter und einzelner Sponsor* für eine bestimmte Sendung zur Verfügung steht, mag bei der Entscheidung über die Produktion und die Gestaltung weiterer Folgen von ausschlaggebender Bedeutung sein. Der Rundfunkstaatsvertrag versucht diesen psychologischen und finanziellen Einfluß vor allem auf Drehbuchschreiber und Regisseure und letztendlich die Rundfunkveranstalter zu begrenzen (§ 8 Abs. 3 RfSt):

„Inhalt und Programmplatz einer gesponserten Sendung dürfen vom Sponsor nicht in der Weise beeinflußt werden, daß die Verantwortung und die redaktionelle Unabhängigkeit des Rundfunkveranstalters beeinträchtigt werden.“

Eine Sicherstellung von Autonomie und Verantwortung ist juristisch nicht aussichtsreich. Immerhin ist durch den Sponsoringhinweis (= Sponsoringwerbung) gewährleistet, daß der Sponsor identifiziert wird. Die Erfahrung der Rezipienten mit gesponsorten Programmen wird wachsen und die Kritikfähigkeit stärken. Das Informationsinteresse in Bezug auf die Sponsoren wird vom Rundfunkrecht nur beim Sendungssponsoring befriedigt. Es unterscheidet nämlich zwischen Sendungs- und Ereignissponsoring.

438 Bei zutreffender Sprache, die hier zugrundegelegt wird.

439 BGH Urt.v.22.2.1990 GRUR 1990, 611, 615 "Werbung im Programm" zur Zahlung eines Produktionskostenzuschusses von DM 100 000 für eine Krimisendung (Wer erschöß Boro?) an das ZDF und die Vermarktung eines begleitenden Buches durch Hinweise außerhalb des Werbeblocks; E.Ullmann, Spenden-Sponsoren- Werben, S. 411, 417, in: Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag, der auch ein Informationsinteresse des medialen Rezipienten am Sponsor der Veranstaltung bejaht.

- (1) **Sendungssponsoring.** Voraussetzung für die Gestattung des Sponsorenvermerks (§ 8 Abs.2 RfSt) ist ein finanzieller **Beitrag zu einer Sendung**. So unterscheidet sich das Sendungssponsoring vom Bartering, bei dem der „Sponsor“ in eigener Verantwortung eine Sendung erstellt und im Austausch gegen Werbe- oder Sendezeit dem Sender anbietet.^{440 441} Nur beim Sendungssponsoring muß und darf der Sponsoringhinweis (=Sponsoringwerbung⁴⁴²) erfolgen.
- (2) **Ereignissponsoring.** Nach der BGH-Rechtsprechung⁴⁴³ umfaßt § 8 Abs.2 **weder das Recht noch die Pflicht**, auch auf den Sponsor des Ereignisses hinzuweisen. Das bedeutet, daß etwa bei Sportereignissen, die von Sponsoren gefördert werden, **nur** im Stadion auf den Sponsor hingewiesen werden, nicht aber ein Sponsoringhinweis (=Sponsoringwerbung) gegenüber dem Fernsehpublikum erfolgen darf. Das gleiche gilt für Sozio-, Kultur- und Umweltsponsoring. Wenn also eine Firma eine Behinderteneinrichtung unterstützt, eine Theateraufführung finanziert oder einen Umweltschutzverband (mit-)gründet und das Fernsehen über diese Behinderteneinrichtung, Theateraufführung oder die Tätigkeit des Umweltschutzverbandes berichtet, darf keine Sponsoringwerbung erfolgen (§ 8 Abs.2 RfSt.).

Unberührt bleibt die Möglichkeit, daß in Funk- oder Printmedien das Engagement des Sponsors nachrichtlich erwähnt wird. Soweit für diese redaktionelle Erwähnung keine Gegenleistung erfolgt, verstößt sie nicht gegen die medienrechtliche Gebote der „Trennung von Werbung und Programm.“⁴⁴⁴

Die Werbestrategen nutzen deshalb das Titelsponsoring, bei dem Vereine oder Veranstaltungen mit Titeln versehen werden, um die Namen oder Markenbe-

440 Soweit das Bartering dem Zuschauer nicht mitgeteilt wird, besteht keine **werberechtliche**, wohl aber eine medienrechtliche Problematik R. Hochstein, Neue Werbeformen im Rundfunk, ordnungspolitische und aufsichtsrechtliche Aspekte, AfP 1991, S. 696, 701. Soweit der fremd erstellte Beitrag allerdings seinerseits werbende Aussagen transportiert, siehe unter II.

441 Ein Beispiel, in dem sich Produktwerbung, Bartering und Merchandising genauso unauflösbar wie strategisch vereinen sind die Zeichentrickfilme (etwa von Disney mit der berühmten Micky Mouse) auf der einen und "game shows" in denen Produkte als Preis fungieren auf der anderen Seite. Allgemein zu den Strategien und unter Angabe von Agenturen U.Nickel, Bartering, 1996, eine kleine Schrift, die vom ZAW vertrieben wird.

442 Es gibt auch für den Sendungssponsor die Möglichkeit, Eigenwerbung in Anzeigen mit der Behauptung "X sponsort die Sendung Y" zu verbreiten.

443 BGHZE 117 353 (357 f.) "Agfa"; vgl. auch die Urteilsanmerkung von N.G.Weiland, ZUM 1993, S. 81; das Gericht stützt seine Entscheidung auf § 1 UWG; das medienrechtliche Gebot der Trennung von Werbung und Programm beziehe sich auch auf den Sponsoringhinweis, der als Werbung zu betrachten sei. Deshalb könne es dahin stehen, ob in der Einblendung des Namens des Sponsors ohne Kenntlichmachung der Einblendung als Werbung auch eine Täuschung der Allgemeinheit über den werbenden Charakter der Einblendung gesehen werden könne; so noch die Ausgangsentscheidung, das OLG Frankfurt, Urt. v. 30.3.1988, bespr. v. H.Reichold, EWiR § 3 UWG 3/88. Hier auch ein einstweiliges Verfügungsverfahren des KG Berlin, Beschl. v. 16.6.1987, NJW-RR 1988, S. 169.

444 N.G.Weiland, Rechtliche Aspekte der Sponsoring, NJW 1994, S. 227, 232.

standteile enthalten, um eine Berichterstattung zu veranlassen.⁴⁴⁵ Wenn also das Rundfunkrecht die Ereignissponsoren - aufgrund der Selbständigen Finanzierungsinteressen des Rundfunks (?) - auszublenden versucht, dann wandert die Werbestrategie noch weiter in das Vorfeld ab, und veranlaßt die Vereine zu Namenswechseln. Voraussetzung dafür ist aber ein wesentlich höheres, und langfristigeres Engagement des Sponsors im Vergleich zum Werbenden, die mit kurzen Dispositionszeiten agieren können. Weil es der Autorität des Berichterstattenden überlassen bleibt, inwieweit die Sponsorentätigkeit erwähnt wird, stellt sich das Ereignissponsoring als der mittelbare Weg zur Werbung außerhalb der sonstigen Werbeblöcke dar.⁴⁴⁶ Das hat zur Folge, daß das Sendungssponsoring wesentlich attraktiver wird als das Ereignissponsoring und damit den Kultur- und Sportveranstaltern entsprechende Werbepfunde entgehen. Der Veranstalter solcher Ereignisse kann als über den Bildschirm flimmernde Werbemittel vor allem die Trikots der Akteure (die oft von den Sponsoren der Vereine beansprucht werden) oder die Banden zur Verfügung stellen.⁴⁴⁷

4. *Verhältnis von Sponsoring und Werbung*

Zentrale Frage des Verhältnisses von Sponsoring und Werbung ist, ob Werbeverbote und -beschränkungen auch dem Sponsoring entgegenstehen. Hier gibt es die *Parallelitätsratio*, also Fälle,

- in denen Werbeverbote bestehen und Sponsoring ebenso unzulässig ist („*negative Parallelität*“) und Fälle,
- in denen ein beschränktes Recht auf Werbung besteht und in beschränktem Rahmen auch das Sponsoring zulässig ist („*positive Parallelität*“)

und die *Umgehungsratio*, also Fälle,

in denen Werbebeschränkungen und Werbeverbote durch Sponsoring „umgangen“ werden sollen.

a) *Negative Parallelität*

Ein Beispiel ist die negative Parallelität von Werbeverbot und Sponsoringverbot im Rundfunk und im Heilmittelwerberecht.⁴⁴⁸ Für das Sendungssponsoring verlangt Art 8 Abs.5 RfSt diese negative Parallelität von Werbung und Sponsoring.

445 G.Greffenius/A.Fikentscher, Werbeformen bei Sportübertragungen im Fernsehen und ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit, ZUM 1992, S. 526, 534.

446 R.Bork, Der Sponsorhinweis beim Ereignissponsoring - eine wettbewerbsrechtliche Zwischenbilanz, ZUM 1988, S. 322, 324, der auch zwischen der redaktionell gerechtfertigten neutralen und objektiven Erwähnung eines Ereignissponsors in der Berichterstattung und damit über die Nennung des Sponsors außerhalb der Dauerwerbeblöcke unterscheidet.

447 Wobei die Trikotwerbung oft nicht dem Veranstalter, sondern der Vereinigung der Akteure zusteht.

448 Siehe auch Richtlinie 92/28/EWG des Rates v. 31.12.1992 über die Werbung für Humanarzneimittel ABl Nr. L113/13 Art.1 Abs. 3, Art. 3 verbieten das "Sponsoring von Verkaufsförderungstagungen, an denen Personen teilnehmen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigt sind, und das Sponsoring wissenschaftlicher Kongresse, an denen Personen teilnehmen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigt sind, insbesondere die Übernahme der Reise- und Aufenthaltskosten dieser Personen."

„Wer nach diesem Staatsvertrag oder nach anderen gesetzlichen Bestimmungen nicht werben darf oder wer überwiegend Produkte herstellt oder verkauft oder wer Dienstleistungen erbringt für die Werbung nach diesem Staatsvertrag oder nach anderen gesetzlichen Bestimmungen verboten ist, darf Sendungen nicht sponsern“.⁴⁴⁹

Diese Vorschrift gilt selbstverständlich nur für das *Sendungssponsoring*. *Eine negative Parallelität liegt auch bei der* Tabakwerbeverbotsrichtlinie vor, die jede Publikumswerbung und jedes Sponsoring untersagt (Art. 3 Abs. 1). Ein weiteres Beispiel ist das Heilmittelsponsoring, das nach der „Fernsehrichtlinie 1997“ (Art. 17 Abs. 3) die Unternehmenssponsoringwerbung (vgl. zur Unternehmenswerbung im Heilmittelwerberecht oben unter I 4 g) zulässt, und nur die Produktsponsoringwerbung verbietet.

b) *Positive Parallelität*

Mit dieser Fallgestaltung hat sich das BVerfG⁴⁵⁰ befaßt. Die Apotheker dürfen für ihr Randsortiment werben - nur eben „nicht übertrieben“. Die grundsätzliche Annahme der Berufsgerichte, bei der Sponsoringwerbung auf dem Trikot von Radfahrern handele es sich um „übertriebene Werbung“, ist das BVerfG unter Hinweis auf den Wandel des Zeitgeists entgegengetreten. Diese Entscheidung läßt sich vielleicht auf die Berufsgruppen übertragen, in denen „sachliche Werbung“ zulässig ist; also etwa Rechtsanwälte und Steuerberater. Es bedarf aber zunächst der Feststellung, inwieweit Sponsoringausgaben per se mit der Chancengleichheit der einzelnen Mitbewerber auf dem jeweiligen Markt der freien Berufe vereinbar ist (siehe unter 5).

c) *Umgehungsratio*

Ein Beispiel einer Umgehungsratio ist das Sponsoring der Tabakkonzerne zur „Umgehung“ des genußmittelrechtlichen Werbeverbots (§ 22 Abs. 1 LmBG).

Wenn bei der Formel I die Autos in den rot-weißen Malborofarben leuchten und die Helme der Piloten beklebt sind, dann werden diese Bilder wegen der Attraktivität des „Sports“ außerhalb der Blockwerbungszeiten im Programm übermittelt.

Die Tabakkonzerne, die für ihre Produkte im Rundfunk nicht werben durften (§ 22 Abs. 1 LmBG), erzielten so Werbewirkungen auf dem Umweg des *Ereignissponsoring* und des *Sponsoring von Sportlern*. Die Formel I hängt weitge-

449 Vergleiche auch Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.7.1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität ABI Nr. L 202/60 Art. 17 Abs. 2 ("Fernsehrichtlinie 1997"): "Die Fernsehprogramme dürfen nicht von Unternehmen gesponsert werden, deren *Haupttätigkeit* die Herstellung von Zigaretten und anderen Tabakerzeugnissen ist." vgl. differenziert oben auch zu Art. 17 Abs. 3 zum Sponsoring durch Heilmittelproduzenten.

450 BVerfGE 94, 372, 398.

hend von diesen Sponsoringleistungen ab.⁴⁵¹ Die Tabakwerbeverbotsrichtlinie schließt jetzt diese Lücke durch eine negative Parallelität.

Nicht gelöst ist allgemeine Frage, inwieweit personale Werbe"verbote" - wie das Ärzterwerberecht - auch dem Sponsoring entgegenstehen.

Die Eigensponsoringwerbung ist unzulässig, weil der Arzt, der in der Öffentlichkeit nicht für seine medizinischen Leistungen, erst recht nicht für seine außermedizinischen Leistungen werben darf. Wie ist es zu beurteilen, wenn ein Arzt eine Behinderteneinrichtung für Autisten finanziell und persönlich unterstützte und die Texte eines Autisten (B.Selin) konzertant aufgeführt werden⁴⁵² und der Arzt im Programm als Sponsor der Veranstaltung und als Betreuer der Einrichtung aufgeführt würde. Das Berufsordnungsrecht würde das sicher als unzulässige Mitwirkung an einer Werbung für den Arzt qualifizieren. Die Prüfung anhand von Art. 12 GG läßt nach hier vertretener Meinung auch das Judiz einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit zu (siehe dazu im 7. Kapitel).

5. *Betätigungsfreiheitlicher Schutz von Sponsoringwerbung (Art. 12 GG) bei Werbeinhaltsverboten*

Die Prägung des Sponsoring durch den betätigungsfreiheitlichen Aspekt des „Beitrags“ kann anhand der BGH-Entscheidung zum Ökosponsoring und der Apothekensponsoring-Entscheidung des BVerfG verdeutlicht werden. Sponsoringwerbung kann zum einen durch Beschränkung oder Untersagung des Tuns, des Beitrags, und/oder durch Beschränkung oder Untersagung der Sponsoringssprache beschränkt werden. Grundsätzlich wird der meinungs- und/oder informationsfreiheitliche Schutz von Werbung und schlechthin jeder Werbung weithin gefordert.⁴⁵³ Die kommerzielle⁴⁵⁴ Sponsoringwerbung charakterisiert nach hier *vertretener Meinung eine Fallgruppe, bei der ein Schutz nach Art. 5 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht in Betracht kommt, wenn sie sich gegen Verbote des Sponsoring als Tun wendet.*

a) Beschränkung und Untersagung des Tuns

Kommerzielle (Sponsoring-)Werbung ist *conditio sine qua non* der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, so daß der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet ist. Sponsoringwerbung wird von dem Beitrag (Tun), der geleistet wird, so

451 F. Henning-Bodewig, Sponsoring, AfP 1991, S. 487, 493. Hier gibt es auch das Beispiel "Reemtsma macht Theater, Der Spiegel 1992, S. 131, wo von einem allabendlichen, 60-sekundigen Theaterwerbespot für die Zigarettenmarke West in dem Hamburger Kammerspielen berichtet wird. Der Spiegel berichtet im redaktionellen Teil über diese Aktion; durch eine Rundfunkberichterstattung, die vielleicht angestrebt war, würde der oben beschriebene Effekt erreicht.

452 Bericht des Deutschlandfunks im Juli 1998, 20 Uhr.

453 7.Kapitel.

454 Anderes könnte für das Sponsoring durch "religiöse" oder parteiliche Organisationen gelten, wo ein Schutz nach Art. 4 oder Art. 21 GG zu prüfen wäre. Siehe zum Rundfunksponsoringverbot, das sich aus dem Werbeverbot ableitet, Art. 8 Abs. 5 i.V.m. § 7 RfSt.

geprägt, daß es über Art. 12 GG hinaus eines selbständigen Schutzes⁴⁵⁵ der Sprache nach Art. 5 GG nicht bedarf. Fall V, das Ökosponsoring, verdeutlicht diese Konstellation. Wenn es sich bei der kontrahierungspolitischen Gewährung des Zuschusses zum Personennahverkehr um ein unzulässiges Tun (Zugabe oder einen Rabatt) gehandelt hätte, dann brauchte nicht mehr geprüft zu werden, inwieweit die Sponsoringwerbung, die auf einen insoweit unzulässigen Inhalt gerichtet ist, über Art. 12 GG hinaus nach Art. 5 GG geschützt ist. Eine Voraussetzung dieser Konstellation ist, daß das Verbot der Zugabe oder des Rabatts die Prüfung des Art. 12 GG besteht. **Das Verbot des Tuns macht dann die weitere Prüfung, ob Sprache mit dem Inhalt des verbotenen Tuns zulässig ist, obsolet.**

In der BGH-Entscheidung zu Fall V aus dem Jahre 1990 wurde erwogen inwieweit es sich um eine unzulässige Zugabe handelt, und ob ein Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb (§ 1 UWG) vorliegt. Der BGH⁴⁵⁶ hatte dieses Ökosponsoring jedenfalls als Verstoß gegen § 1 UWG qualifiziert. Dieses Ergebnis ist nach einer Änderung der Zugabeverordnung im Jahre 1994 nicht mehr aufrechterhalten. Nach § 1 ZugabeVO ist es zwar grundsätzlich verboten,

„im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware oder einer Leistung eine Zugabe (Ware oder Leistung) **anzukündigen oder zu gewähren**“.

Der Gesetzgeber hat 1994⁴⁵⁷ durch eine Änderung der Zugabeverordnung (§ 1 Abs. 2 lit d) einen besonderen Ausnahmetatbestand geschaffen, der die Gewährung und Ankündigung von Zugaben erlaubt,

„wenn die Zugabe nur in handelsüblichem Zubehör zur Ware oder in der handelsüblichen Nebenleistungen besteht; als **handelsüblich gilt insbesondere eine im Hinblick auf den Wert der Ware oder Leistung angemessene teilweise oder vollständige Erstattung oder Übernahme von Fahrkosten für Verkehrsmittel des öffentlichen Personennahverkehrs, die im Zusammenhang mit dem Besuchs des Geschäftslokals oder der Orts der Erbringung der Leistung aufgewendet werden.**“

Durch die Zulassung des Tuns, nämlich der Zugaben für Sachverhalte wie in Fall V, und wegen der Fassung der Zugabeverordnung, die die „Ankündigung und Gewährung“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 ZugabeVO) umfaßt, ist auch die Zulässigkeit der Werbung dafür geklärt. Ein Angriff gegen die BGH-Entscheidung mit der Begründung, es liege ein Eingriff in die werbliche Meinungsfreiheit vor, wäre nicht schlüssig.

Ein zweites Beispiel ist die Entscheidung des BVerfG zum Apothekensponsoring. Das BVerfG hat entschieden, daß die Sponsoringwerbung per se nicht gegen die Landesberufsordnung der Apotheker und insbesondere nicht gegen das Verbot der

455 Zur Selbständigkeit und Akzessorietät von Sprache und Tun siehe 7.Kapitel

456 BGH Urt.v.18.10.1990 NJW 1991, 701 "Biowerbung mit Fahrpreiserstattung".

457 Gesetz vom 25.7. 1994 BGBl I 1688.

„übertriebenen Werbung“ verstößt. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung nicht erkannt, daß es zunächst dazu hätte Stellung nehmen müssen, ob Sponsoring als Tun zulässig ist. Diese Frage stellt sich vor allem in Berufen, die - anders als die Apotheker im Bereich des Randsortiments - in den kontrahierungspolitischen Forderungen für ihre Produkte (Waren und Dienstleistungen) gebührenordnungsrechtlich gebunden sind. Erst wenn die Frage der Zulässigkeit der Investition bejaht wird, kann die Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs eine Rolle spielen. Und hier haben die freiberuflichen Werbebeschränkungen natürlich auch die Funktion, die Chancen aller Mitbewerber auf Teilnahme am Leistungswettbewerb zu erhalten. Es geht hier auch um die Vermeidung der Errichtung von Marktzutrittsschranken für Berufsanfänger.

b) Beschränkung und Untersagung der Sprache

Die strittigen Frage, inwieweit Werbung als Meinung geschützt ist, stellt sich nur dann, **wenn der Kommunikator sich darauf berufen kann, daß das Tun, mit dem er werben will, rechtmäßig ist.** In der Apothekensponsoringentscheidung des BVerfG ist offen, welche Qualität der Sponsoringwerbung im einzelnen zulässig ist. Zwei der Beschwerdeführer hatten in ganz unterschiedlichem Maße Sponsoringwerbung betrieben.

aa) Zusammenhangswerbung beim Sponsoring

Der Beschwerdeführer zu 3 betrieb

„Trikotwerbung mit dem Aufdruck „W. Apotheke“ auf Trainingsanzügen des örtlichen Radsportvereins, dessen Mitglied er ist.“⁴⁵⁸

Es handelt sich nach der hier gewählten Terminologie um Zusammenhangswerbung; der Sponsor benutzt die Bekleidung des Gesponserten, um möglichst nahe und unmittelbar mit ihm in Verbindung gebracht zu werden. Werbestrategisch hat das zur Folge, daß die Ereignisse, an denen der Gesponserte teilnimmt, visuell von der Identität des Sponsor mitgeprägt werden und zunächst nur die Rezipienten vor Ort erreicht werden. Erst wenn die Medien sich entschließen, über den Gesponserten oder die Veranstaltung zu berichten (Fremddarstellungsszenario), erfolgt werbeträgerabhängig eine größere Verbreitung. Allein die Tatsache der Trikotwerbung im Sport führt nach der BVerfG-Rechtsprechung nicht dazu, daß von einer berufswidrigen, übertriebenen Werbung ausgegangen werden kann.

bb) Eigen- und Fremdsponsoringwerbung

Strategisch ausgereift warb der Beschwerdeführer zu 1:

458 BVerfG Beschl.v.22.5.1996 NJW 1996, 3067, 3070. Aus der Entscheidung geht nicht hervor, ob es sich um Trikotwerbung oder Sponsoring handelte. Üblicherweise erfolgt Trikotwerbung nur für den Sponsor, weshalb der Fall hier als Sponsoringfall geprüft wird. Die Aussagen des BVerfG stehen dieser Interpretation nicht entgegen.

Der Apotheker war im Vorstand des Reitvereins; auf dem Briefbogen seiner Apotheke warb er um Spenden für einen Reiterball (Fremdsponsoringwerbung); der Hinweis auf die Apotheke als Verkaufsstelle für die Karten dieses Balls fand sich auf den Plakaten, die den Ball ankündigten (Fremdsponsoringwerbung) und schließlich warb er mit einer Anzeige für seine Apotheke mit dem Hinweis „Reiterverein ..“ (Eigensponsoringwerbung).

Zunächst ist von den Berufsgerichten zu klären, inwieweit das Randsortiment von Apotheken sich auf den Verkauf von Ballkarten erstreckt (Tun). Wenn man die auch vom BVerfG noch akzeptierte These von der hervorgehobenen Bedeutung der Apotheke für die Sicherstellung der Arzneimittelversorgung ausgeht, mag man daran zweifeln, ob entgeltliches Fremdmarketing zum Randsortiment gehört. Es handelt sich um „entgeltliches“ Fremdmarketing, weil der Apotheker sich durch den Vertrieb eine Anlockung von Kunden erhofft.⁴⁵⁹ Erst wenn man die Zulässigkeit des Tuns bejaht hat, stellt sich die Frage nach der Form der Sprache und dann erst stellt sich die Frage, ob nur die Fremdsponsoring- oder vielleicht auch die Eigensponsoringwerbung zulässig ist. Nach hier vertretener Ansicht ist besonders die Eigensponsoringwerbung kritisch zu beleuchten, weil hier mit einem mit dem Produkt nicht in Zusammenhang stehenden Inhalt - „Apotheke, die Reiterverein sponsert“- geworben wird und damit die Skepsis gegenüber „übertriebener Werbung“ , wie sie die Berufsordnungen nahelegen, besonders groß ist.

cc) Zusammenfassung

Die hier gewählte Unterteilung von Eigen-, Fremd-, und Zusammenhangssponsoringwerbung ist vom Verfassungsrecht nicht vorgegeben. Sie kann aber dazu dienen, die Entscheidungen der Berufsgerichte, die die Herkulesaufgabe der Unterscheidung von übertriebener und anderer Werbung bewältigen müssen, zu strukturieren und damit vorhersehbarer zu machen. Bei Sprache und (erst recht bei der sponsoringeigenen Kombination von Sprache und Tun, die im übrigen nur die Werteklamme mit Rabatten und Zugaben kennt), kommt es auf die Erkennbarkeit des Rechts und die Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung an, weil sonst ein Klima der Einschüchterung droht. Inwieweit Sponsoringwerbung nach Art. 5 oder Art. 12 GG zu schützen ist, soll im 7. Kapitel im Zusammenhang mit der Werbung weiter erörtert werden.

459 NJW 1998, 3068.

IV. Struktur der Public Relations (Öffentlichkeitsarbeit) und Verweisung auf das zugehörige Recht

1. Begriff

Der Begriff „Public Relations“ stammt aus dem amerikanischen, und scheint 1882 zum ersten Mal im Kontext von „relations for the general good („Beziehungen für das Allgemeinwohl)“ gebraucht worden zu sein.⁴⁶⁰ Mit dem „general good“, das später zum „public good“ („öffentliches Wohl“) wurde, ist bereits der Inhalt dieser Form der Öffentlichkeitsarbeit angesprochen - es geht um die Herstellung eines Konsenses („adjustment“) unterschiedlicher Gruppeninteressen (Konkordanz) in einer durch „Öffentlichkeit“ geprägten, demokratischen und pluralistischen Gesellschaft.⁴⁶¹ „**Public**“ bringt zum Ausdruck, daß es um mehr als das Eigeninteresse des Kommunikators geht.⁴⁶² In einer strengen Betrachtung wird damit die „Propaganda“ - die auf das Propagieren einseitiger, konsensunabhängiger Ziele und das „Programmieren“ oder „Manipulieren“ der Rezipienten gerichtet ist⁴⁶³ - bereits definitorisch von den Public Relations abgegrenzt.⁴⁶⁴ Die Beifügung von „**Relations**“ weist auf einen idealtypischen Diskurs- und Reziprozitätsanspruch von Kommunikationen hin - es geht zunächst um mehrere Beziehungen zwischen mehreren Kommunikationssubjekten und diese Beziehungen können in der Öffentlichkeit auch wahrgenommen werden. Idealtypisch geht es - wie in der Diskurstheorie (siehe im 7. Kapitel) - um einen Prozeß der Rede und Gegenrede in dessen Verlauf sich auch die Position desjenigen, der Public Relations betreibt, evolutiv ändern kann.⁴⁶⁵ Insoweit überzeugt der Begriff „Public Relations“ mehr als der deutsche Begriff „Öffentlichkeitsarbeit“, der einseitig nur auf die Arbeit des Kommunikators abstellt. Public Relations ist das Phänomen der Arbeit mit der

460 A.Oeckl, Die historische Entwicklung der PR in Deutschland, in: G. Kalt (Hrsg.), Öffentlichkeitsarbeit und Werbung - Instrumente, Strategien, Perspektiven, 1989, S. 13.J-A. Meyer, Public Relations, in: B.Tietz u.a., Handwörterbuch des Marketing, 2.Aufl., 1995, 2195 nennt das Jahr 1897.

461 C.Hundhausen, Public Relations, 1969, S.24.

462 C.Hundhausen, Public Relations, 1969, S.15 rekuriert auf unterschiedliche Ansätze zum Begriff der Öffentlichkeit. Die Unsicherheit, inwieweit die Interessen anderer (Gruppen) integriert werden müssen, wird durch den Hinweis auf die nur subjektive Wahrhaftigkeit des Kantschen Meinungsbegriffs relativiert (S.18).

463 C.Hundhausen, Public Relations, 1969, S.136 betrachtet Propaganda als "Verbreitung geistiger Antriebe, die Handlungen auslösen sollen" und erwähnt als Paradigmen für die fehlende Konkordanzbestrebung die katholische Mission (die Congregatio de Propaganda Fide von 1622) und die Propagandaauffassung Lenins (...Verbreitung von Klassenbewußtsein).

464 C.Hundhausen, Public Relations, 1969, S.136, 141 was auch dazu führt, daß kirchliche PR keine PR im Sinne Hundhausens sein soll.

465 Ein Beispiel ist sicher der Shell-Konzern, der wegen der Versenkung der Ölplattform Brent-Spar in die Kritik (und von Boykottaufrufen) geraten war und sich nicht nur um ein offenes Verhalten bemüht sondern auch die Allianz der Unternehmen, die sich kategorisch gegen eine Reduzierung der CO2-Belastungen und gegen Schutzmaßnahmen für das Klima wenden, verlassen hat.

Öffentlichkeit⁴⁶⁶, in der Öffentlichkeit und für die Öffentlichkeit⁴⁶⁷ und entsprechend den Grundsätzen der Deutschen Public Relations Gesellschaft von 1964:

„das bewußte und legitime Bemühen um Verständnis sowie um Aufbau und Pflege von Vertrauen in der Öffentlichkeit auf der Grundlage systematischer Erforschung.“⁴⁶⁸

2. *Strategische und rechtliche Bedeutung der Public Relations*

a) *Kommunikationsstrategische Bedeutung*

Public Relations sind Bestandteil der Kommunikationspolitik eines Unternehmens. Allein die Tatsache, daß es Abteilungen für Öffentlichkeitsarbeit (branchenabhängig: auch „Public Relations“) gibt, zeigt, daß (klassische) Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring von den Unternehmen, die vorwiegend juristische Personen sind, für ihre sprachliche Selbstdarstellung nicht (mehr) als ausreichend erachtet werden. Dafür gibt es mehrere Gründe:

(1) *Sprache als Ausdruck der „Persönlichkeit“ der juristischen Person.* Man könnte argumentieren, daß juristische Personen (Unternehmen) ähnlich wie natürliche Personen, eine Persönlichkeit entwickeln, und sich auch durch Sprache von den Mitbewerbern und anderen Marktteilnehmern differenzieren wollen. Die *unternehmensinterne Kompetenz für Public Relations unterscheidet sich deshalb oft von der Werbung.* Public Relations sind fast immer der Unternehmensspitze zuzuordnen; bei der Werbung sind oft und jeweils branchenabhängig (auch) andere Ebenen zuständig.⁴⁶⁹ Die sicher erwünschten Folgen dieser Ausdifferenzierung des Selbst sind, daß neue (Unternehmens-)werte, die Corporate Identity⁴⁷⁰ oder gar die Unternehmensphilosophie geschaffen werden, die interne und externe Motivationsgewinne versprechen. So steigt die Loyalität der Arbeitnehmer und gerade in Märkten, bei denen Unternehmensname und Produkt eine enge Verbindung eingehen (Siemens,

466 Public Relations kann sich auch an eine interne Öffentlichkeit richten bspw. als Gegengewicht zu gewerkschaftlicher Informationspolitik, G. Neuwert, Förderung interner Öffentlichkeit mittels interner Öffentlichkeitsarbeit ? - eine empirische Fallstudie zur Modellfunktion der Werkszeitschrift, Diss. Bayreuth, 1989, S. 14-17, der aber auch darauf aufmerksam macht, daß unternehmensinterne Öffentlichkeitsarbeit kritische Öffentlichkeit zu verhindern sucht.

467 A.Oeckl, Die Public Relations im Überblick, in: B.Tietz (Hrsg.), Die Werbung: Handbuch der Kommunikations- und Werbewirtschaft, 1. Bd., Rahmenbedingungen, Sachgebiete und Methoden der Kommunikation und Werbung, 1981, S. 273 f.

468 Dokumentiert bei B.Baerns, Öffentlichkeitsarbeit oder Journalismus? 1991, S.204. Ein Beschluß der Mitgliederversammlung der Deutschen Public Relations Gesellschaft aus dem Jahre 1996 definiert PR: PR "vermittelt Standpunkte und ermöglicht Orientierung, um den politischen, den wirtschaftlichen und den sozialen Handlungsraum von Personen oder Organisationen im Prozeß öffentlicher Meinungsbildung zu schaffen und zu sichern. PR plant und steuert dazu Kommunikationsprozesse für Personen und Organisationen mit deren Bezugsgruppen in der Öffentlichkeit... PR ist *Auftragskommunikation* ...Sie dient...dem demokratischen Kräftespiel ...".

469 A.Oeckl, a.a.O., S. 287.

470 Corporate Image ist das von außen betrachtete Erscheinungsbild des Unternehmens (Fremdbild) und Corporate Goodwill ist der ökonomische Wert des Corporate Image (J.A.Meyer, Public Relations, a.a.O., S. 2195 f)

Philips)⁴⁷¹, die der Kunden. Die ursprünglich nur produktabsatzbezogene Sprache reicht für diesen umfassenden Persönlichkeitsanspruch nicht aus.

- (2) **Public Relations als Defensiv-Strategie.** Im von den Massenmedien geprägten Informationszeitalter sind Unternehmen Gegenstand der Kritik und bieten auch breite Angriffsflächen, die von der Tarif- bis zur Umweltpolitik⁴⁷² reichen. Der Mindeststandard, der im medialen Zeitalter verlangt wird, ist die Bestimmung eines kompetenten Ansprechpartners (für diese Medien), der Informationen über das Unternehmen oder gar die „Meinung“ des Unternehmens faktisch mit Vertretungsmacht⁴⁷³ und strategisch mit Überzeugungsmacht äußern kann. Bezeichnend ist, daß auf der Seite der Unternehmen wie auf der Seite der Medien Angehörige eines Berufes arbeiten. So umfaßt jedenfalls das 1996 vom Deutschen Journalisten-Verband beschlossene Berufsbild: „Der Tätigkeitsbereich von Journalistinnen und Journalisten in Wirtschaft und Verwaltung ist die Presse und Öffentlichkeitsarbeit. Zur Öffentlichkeitsarbeit in Wirtschaft, Verwaltung oder Organisationen gehören die interne und externe Kommunikation (Analyse der öffentlichen Meinung, Beratung leitender Gremien und Führungskräfte, Konzeptionierung, Erfolgskontrolle), die Medienarbeit (eigene journalistische Texte und Publikationen, Aussenden an Journalistinnen und Journalisten, Pressekonferenzen und Fachveranstaltungen) und die direkte Information der Öffentlichkeit.“⁴⁷⁴
- (3) **Public Relations als Offensiv-Strategie.** Gute Antworten wird man bereits im Rahmen der Defensiv-Strategie nur geben können, wenn man die Prozesse der Bildung der öffentlichen Meinung und deren gegenwärtigen oder zukünftigen Inhalt kennt oder wenigstens eine Prognose wagen kann. Diese analytischen Vorkenntnisse befähigen ein Unternehmen auch, sich offensiv auf dem Informations- und Meinungsmarkt zu positionieren und auch Inhalte (oder Ablenkungsmanöver), die ihm wichtig sind, offensiv zu verfolgen. Public Relations bereitet so durch die Beeinflussung von Einstellungen und Haltungen den Boden, auf den Werbung fällt.⁴⁷⁵

Die Wirkung von Public Relations sind noch schwieriger zu ermitteln als die der Werbung. Die Bekanntheit von Kampagnen-Arbeit, die Einstellungen der Rezipienten wie die Berichterstattung in den Medien bieten sich als Grundlagen der Erfolgskontrolle an.⁴⁷⁶ Jedenfalls nach einer Arbeit, die Nachrichtensendungen im Rundfunk und unterschiedliche Presseorganen zum Untersuchungsgegenstand

471 J.A.Meyer, Public Relations, a.a.O., S. 2195 f unterscheidet Human Relations (unternehmensinterne Wirkungen) und Public Relations, bekannt aber auch die Wirkungsinterdependenz.

472 Die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften ist hier nur der Mindeststandard; so können Umweltberichte verfaßt und Unternehmensstandorte nach der Ökoauditverordnung zertifiziert werden.

473 Widersprechende Äußerungen wären für die Selbstdarstellung *einer* juristischen Person schädlich.

474 Berufsbild Journalistin/Journalist, Schriftenreihe Nr.2 des Deutschen Journalistenverbandes, 1996.

475 Zur Notwendigkeit der individuellen Bedürfnisentwicklung als Vorbereitung einer Werbungsoffenheit siehe oben unter I 4 b und c).

476 Siehe die Beiträge von S.Femers/J.Klewes, Medienresonanzanalysen als Evaluationsinstrument der Öffentlichkeitsarbeit, S. 115 ff; J.Maas/T.Nazemi, Computergestützte Dokumentation und Evaluation, S. 135 ff; R.Mathes u.a., Medien-Monitoring - Ein Baustein der Public-Relations-Erfolgskontrolle, S. 147 ff und L.Rolke, Kennziffern für erfolgreiche Medienarbeit, S. 173 in: B.Baerns (Hrsg.), PR-Erfolgskontrolle, 1995.

hatte, ist der Einfluß der politischen Öffentlichkeitsarbeit bestimmend für das, was die Medien wiedergeben - und nicht deren eigene Strategie der Recherche.⁴⁷⁷

b) *Rechtliche Bedeutung*

Die rechtliche Bedeutung des *Begriffs* der „Public Relations“ (oder der Öffentlichkeitsarbeit) tendiert gegen Null. Der wettbewerbsrechtliche Kommentar von Baumbach/Hefermehl erwähnt Public Relations in *einer* Randnummer⁴⁷⁸ - „Öffentlichkeitsarbeit“ im Sachverzeichnis überhaupt nicht - und stellt fest, daß § 3 UWG für Public Relations gilt, wenn sie irreführende Angaben enthalten. Die eher praxisorientierte Literatur⁴⁷⁹ offenbart, daß es bei dem rechtlichen Problemkreis um - nur um einige Überschriften zu erwähnen -

- die Verantwortung der Unternehmen für die Verbreitung von Presstexten,
- die Fragen des Verstoßes gegen Werbeverbote und -beschränkungen durch redaktionelle Zeitschriftenberichte,
- die werbliche Aussagen in redaktionell aufgemachten Anzeigen,
- den redaktioneller Charakter einer Anzeige

geht. Public Relations stellen die Frage nach der *Tarnung von Werbung*⁴⁸⁰ - so der Begriff bei Baumbach/Hefermehl - auf der einen und der Insuffizienz der Medien gegenüber (un-)mittelbar(st)en wirtschaftlichen Anreizen auf der anderen Seite. Für den Wettbewerbsrechtler ist es genauso selbstverständlich wie für den Verfassungsrechtler überraschend, daß das Wettbewerbsrecht erwägt, Mitglieder der institutionell geschützten, staatsfreien Presse⁴⁸¹ vor der Zusendung von Public Relations Material, das wahrheitsgemäße Aussage enthält, zu schützen (dazu siehe unter V 5 b cc). Neben diesen aus dem Wettbewerbsrecht bekannten und vom BGH geklärten Fragestellungen stellen Public Relations auch die Frage nach dem meinungs- und informationsfreiheitlichen Schutz dieser Form der kommerziellen Sprache. Public Relations scheinen in einer gesamtgesellschaftlichen Betrachtung *die* Informationen und Meinungen im Rahmen der Kommunikationspolitik des Marketing-Mix bereitzustellen, die am ehesten Bedeutung für die demokratische Auseinandersetzung haben. Public Relations weisen als Form der kommerziellen Sprache die größte Ähnlichkeit mit politischer und parteilicher Sprache auf; deshalb ist es erwägenswert, Public Relations als Fallgruppen zu Art. 5 Abs. S. 1 GG sowohl im Schutzbereich als auch im effektiven Garantiebereich zu etablieren. Die Voraussetzung für diese Kategorisierung wäre, daß Public Relations die notwendige inhaltliche Verdichtung wie Abgrenzung gegenüber der Werbung aufweisen würde.

477 B.Baerns, Öffentlichkeitsarbeit oder Journalismus, 2.Aufl., 1991, S.47-101.

478 Undifferenziert Baumbach/Hefermehl, UWG, 19 Aufl., vor §§ 3-8 Rn.4.

479 H.Kleist, Pharma-Recht und Pharma-PR 1993 (mit Beiträgen aus der Zeitschrift Pharma Recht).

480 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 Rn. 26- 28.

481 Zur Institutsgarantie des Art. 5 Abs. 2 S. 2 GG.

3. *Kriterien für die Unterscheidung von Public Relations und Werbung und das Scheitern der Parallelitätsratio*

Grundsätzlich ist die Grenze zwischen den unterschiedlichen Strategien der Kommunikationspolitik im Rahmen des Marketing-Mix wiederum fließend. Es existieren Unterscheidungskriterien, die in ihrer Kombination Argumente für den Versuch einer Abgrenzung liefern:

(1) *Formal-inhaltliches Kriterium: Größere Nähe zur sachlichen Information.*

Public relations sollen sachlicher und informativer als die oft suggestive Produktwerbung sein.⁴⁸² Public Relations sind mit den gleichen Rahmenbedingungen wie die Werbung konfrontiert; selbstverständlich wird auch dort zumindest mit der Kombination von Suggestion und Information - wie bei nahezu jeder Kommunikation, die erfolgreich sein will - gearbeitet. Zutreffend ist aber, daß die Form der Kontakte, etwa die Ansprechbarkeit der Abteilungen für Öffentlichkeitsarbeit in den Unternehmen eine individuellere, sachliche und flexible Konfrontation und Reaktion erlaubt.

(2) *Inhaltliches Kriterium der Allgemeinwohlbezogenheit. Das Kommunikationsziel*⁴⁸³ ist nicht der Absatz von Produkten sondern die Erzeugung oder Bestärkung von Haltungen. Dieser Unterschied zur Werbung kommt in dem Vorschlag zum Ausdruck, Public Relations durch den Begriff „Meinungspflege“ zu ersetzen.⁴⁸⁴ Eingeständenermaßen ist das Ziel von Public Relations nicht (unmittelbar) der Kauf eines Produkts sondern die Beeinflussung des Wissens des Rezipienten und damit seiner „Haltung“.⁴⁸⁵ Public Relations sollen sich deshalb nicht nur auf das Unternehmen selbst und seine Produkte, sondern auf seine Beziehung etwa zur Gesellschaft⁴⁸⁶, zur Umwelt und zum Recht erstrecken.⁴⁸⁷

482 Obwohl auch hier das bekannte Stimulanzproblem eine Rolle spielt.

483 Siehe zu den Werbezielen unter I 5.

484 J.Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 230,f unter Bezug auf C.Hundhausen, Industrielle Publizität als Public Relations, 1957.

485 H.Müller-Vogg "Werbung und PR: Unterschiede, Gemeinsamkeiten, Zusammenwirken" in G.Kalt, Öffentlichkeitsarbeit und Werbung, 1989, S.115, f.

486 Was hier alles unter Gesellschaft zu fassen ist - Wirtschaft, Steuer, Kulturelles Engagement - bleibt der Phantasie des Interpreten und den Anschauungen der Zeitgenossen überlassen.

487 **Abgrenzung von Public Relations zu Public Affairs.** Soweit das Unternehmen - außer durch seine Urheberschaft - sich nicht im Kommunikationsinhalt widerspiegelt und sich zu gesellschaftlichen und ökologischen Belangen äußert, soll es sich nach einer älteren Meinung nicht einmal um Public Relations sondern um "*public affairs*" handeln, die von den Public Relations begrifflich abgegrenzt werden. Unternehmen nähmen nicht nur zur eigenen Kultur Stellung, sondern auch zu der Kultur, in der sie wachsen. Deshalb existierten auch Stellungnahmen von Unternehmen zu soziopolitischen Problemen wie Entwicklungshilfe, Dritte Welt, Energiepolitik, Multinationalität usw. (A.Oeckl, Die Public Relations im Überblick, in: B.Tietz (Hrsg.), Die Werbung, 1989, S. 273, 285 f) Diese Abgrenzung überzeugt angesichts der Benetton-Werbung, die etwa Themen wie Rassismus und Stigmatisierung von Kranken aufgreift, nicht mehr.

Ein Gegenbeispiel aus der Praxis ist eine Pressekonferenz über den Streit zweier Waschmittelkonzerne, die über die Einleitung eines Gerichtsverfahrens (irreführende Werbung) gegen den Mitbewerber suggestiv informiert.⁴⁸⁸ Natürlich gibt es auch Public Relations, die Werbung („product publicity“)⁴⁸⁹ beziehungsweise Angriffe gegen die Werbung anderer begleiten.⁴⁹⁰

Die Beziehung zum Allgemeinwohl *allein* kann Public Relations nicht mehr von der Werbung abgrenzen, weil auch Werbung inhaltlich ökologische und soziale Komponenten beinhaltet und der reklamehaften Produktpreisung nicht immer und unmittelbar verhaftet ist.

Die Produkte werden in der Werbung zwar oft direkter angesprochen als das bei den Public Relations der Fall ist. Die Grenzen sind fließend, weil es auch Formen der Werbung gibt, die auf ein Unternehmensziel (etwa die Euro-Werbung der Banken) und nicht auf das abzusetzende Produkt gerichtet sind⁴⁹¹.

Es muß deswegen nicht auf das Thema allein, sondern auf die Form der Aufbereitung (suggestiv⁴⁹² und/oder informativ), die gewählten Kommunikationsträger und -mittel und die Höhe des Auseinandersetzungswerts (letzteres im Rahmen des effektiven Garantiebereichs) ankommen. Hier sind kommunikationsstrategisch deutliche Unterschiede auszumachen.

In der Benetton-Werbung mit der ölverschmierten Ente (Fall I) handelt es sich um nur suggestive *Werbung*, die keine konkreten und für den Nichtinformierten weiterführenden Informationen enthält. Es handelt sich nach hier vertretener Meinung um eine nach Art. 12 GG geschützte Werbung. Wer anderer Ansicht ist, muß bei Fall I auch die Frage nach dem Schutz des Wirkungsbereichs von Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) beantworten. Die Togalanzeige, die detailliert auf die Verschwendung von Steuermitteln durch die Mitglieder des deutschen Bundestags infolge der Umgestaltung einer Bar⁴⁹³ verweist, nennt einen konkreten Sachverhalt und erhebt einen ebenso konkreten Vorwurf. Bei der luxuriösen Verwendung von Steuermitteln für Privilegien der Abgeordneten(bar) handelt es sich auch um einen *typischen Allgemeinwohlbelang*.⁴⁹⁴ Die Ab-

488 Bsp. aus: Der Spiegel 19/1994, S. 107 "Mit Dreck beworfen".

489 Siehe auch F.Unger, Werbemanagement, 1989, S.11, der als Schnittstelle zwischen Produktwerbung und Public Relations die "Product Publicity" erwähnt; also Medienberichterstattung über ein Produkt - bei Unger das Beispiel der Swatch-Uhr.

490 BGH Urt.v.23.7.1997 NJW 1997, 3302, 3304 "Kaffeebohne" meint, daß Angriffe gegen einen Mitbewerber in einer Pressekonferenz nicht "Sache eines unmittelbaren Wettbewerbers" seien. Dennoch könne ein Unternehmen und ein Verband in einer Pressekonferenz mit entsprechender schriftlicher Verlautbarung die Existenz einer urheberrechtlichen Schutzlücke auch mit suggestiven Elementen ("Der Kampf gegen die Kaffeebohne") kritisieren.

491 Frühere Beispiele zum Bankmarketing H.Sandmann, Moderne Bankenwerbung, 1985, S.26,f.

492 Ein Verstoß gegen § 1 UWG wurde bei der Aussage über den Mitbewerber "die Geschäftsführung eines Schmuddelsenders bediene sich für ihre Schmuddelkampagne eines Schmuddelblatts" von OLG Hamburg Urt.v.9.3.1995 NJW 1996, 1002 "Schmuddelsender" angenommen.

493 BGH Urt.v.15.5.1997 NJW 1998, 604.

494 Selbst wenn man argumentiert, daß die Abgeordneten diese Stimulanzien nur in angemessener Umgebung zur Effektivierung ihrer Repräsentationskraft (Art. 38 Abs. 1'S. 2 GG) zu sich nehmen können.

grenzung, die die Togonalzeige verlangt, ist die Abgrenzung von „Unternehmenswerbung“⁴⁹⁵ zu Public Relations. Diese ist vorrangig nach der Wahl des *Werbeträgers und des Werbemittels* zu bestimmen (siehe oben unter I 4 g cc).

(3) *Maßgeblichkeit des Werbeträgers und Werbemittels zur Unterscheidung von Public Relations und Unternehmenswerbung.* Typisch für die kommerzielle Werbung ist vor allem der teure Ankauf von Werbeträgern und -mitteln, die möglichst viele Menschen möglichst zielkonform ansprechen. Für nicht-kommerzielle Sprache, die sich grundsätzlich und mehrheitlich nicht durch ihren oder den Absatz von Produkten zu refinanzieren vermag⁴⁹⁶, ist der Zugang zu diesen Kommunikationsträgern und -mitteln mit anderen Qualifikationsvoraussetzungen verbunden. Grundsätzlich befremdet es, Sprache nur nach der Wahl ihrer Verbreitungsstrategie zu kategorisieren. Soll wirklich alles, was auf werbetypischen Werbeträgern und -mitteln verbreitet wird, (Unternehmens-) Werbung sein? So nähme man einer Public Relations Kampagne, die *auch* typische Werbeträger und Werbemittel einsetzt, die Möglichkeit der Effektivierung. Damit stellt sich auch die Frage, welche Kommunikationsmittel Public Relations grundsätzlich einsetzen.

(4) *Bevorzugte Kommunikationsmittel von Public Relations* - die Konzentration auf bestimmte Rezipienten („opinion leaders“). Public relations wie Werbung versuchen eine möglichst breite Öffentlichkeit zu erreichen; aus operationalen Gründen sprechen Public Relations oft ausgewählte Zielgruppen - „opinion leaders“ (Meinungsführer) - an. Das ist für Public Relations wegen der komplexeren Natur der Information und der Kosten⁴⁹⁷, die die Übermittlung einer solchen Information verursachen würde, in einem anderen Maße notwendig als für Werbung, die auch über die Massenmedien „preiswerter und verständlicher“ verbreitet werden kann. Das Informations- und Motivationsinteresse von Public Relations verlangen zum Teil auch die Einbeziehung außersprachlicher Elemente (Vorfürhungen von Produkten und Werksbesichtigungen), die Schaffung individueller Kommunikationssituationen und verändern so die

495 Gegebenenfalls mit der Produktwerbung, weil auf die schmerzstillende Wirkung von "Tabletten" hingewiesen wird BGH Urt.v.15.5.1997 NJW 1998, 604.

496 So können auch Bücher zu Massenmedien werden, wenn es sich um Bestseller handelt; und die Bestsellerautoren können sich auch durch den Absatz ihrer Bücher finanzieren. Die werkmäßig überwältigende Mehrheit in geringer Auflage verlegter und vor allem nicht verlegter Werke zeigt, daß der Zugang zum Massenmedium eng ist. Die beliebten Talkshows der privaten Rundfunkveranstalter ermöglichen den Zugang weiter Teile der Bevölkerung zu diesem Medium; der Zuschauer kann sich aber bei den Themen der Nachmittagsendungen des Eindrucks nicht erwehren, daß der Preis die Offenbarung persönlicher Interna ist, die in manchen Fällen zu einer sprachlichen Prostitution führt. Vergleiche die Liste der Themen von Talk Shows, die „Die Zeit“ (1998) abgedruckt hat.

497 Wobei man sowohl an die Kosten der Verbreitung für den Kommunikator als auch die Kosten der Verarbeitung durch den Rezipienten denken könnte.

Typik wie die Schwerpunkte der sprachlichen Werbemittel.⁴⁹⁸ Wichtige Einteilungskriterien sind:

„Massenmittel (Zeitungsartikel, Rundfunkinterview, Jahresbericht) versus *persönliche Mittel* (Referat, Besucherführung, Pressekonferenz).

Ein-Richtungs-Mittel (wie Statement, Brief..) versus *Zwei-Richtungs-Mittel* (wie Diskussion mit den Betroffenen, Informationsschalter, Schulung der Mitarbeiter in Telefonzentralen).

Gesprochene *Mittel* (wie persönliche Erklärung, Anrufbeantworter) versus *gedruckte Mittel* (wie Fachpublikation, Werkszeitung, Prospekt) versus *komplexe Mittel* (Kongreß, Sponsoring in Kultur, Forschung und Sport).⁴⁹⁹

Das Kommunikationsmittel, das die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung bisher am meisten beschäftigt hat, ist die mediengerecht-couturierte Erstellung von Materialien, die dann an diese weitergeleitet werden. Es geht in diesen Fällen vorrangig um die sprachliche Vorbereitung von Fremddarstellungsszenarien, die wegen der Gefahr der wirtschaftlichen Abhängigkeit (einzelner Mitglieder) der Medien zu Eigendarstellungsszenarien mutieren (dazu siehe unter V 5 b).

(5) *Scheitern der Parallelitätsratio*. Allein die oben erwähnten Kommunikationsinhalte und -mittel machen deutlich, daß eine strikte *Parallelitätsratio wie beim Verhältnis von Werbung und Sponsoring* (siehe unter III) ausgeschlossen ist.

(a) *Kein Verbot der Public Relations*. Man kann den Tabakunternehmen Werbung verbieten; ihnen aber die Möglichkeit zu nehmen, Werksbesichtigungen durchzuführen und Politiker und Medienvertreter anzusprechen, wäre weder nach Art.5 noch nach Art. 12 GG zu rechtfertigen.⁵⁰⁰

(b) *Unterschiedliche Irreführungsratio*. Es wurde auch deutlich, daß die Vielgestaltigkeit der Public Relations mittel- und inhaltsbegründet ist. Die thematische Unbegrenztheit ergibt sich aus den Beziehungen des Produkts zu allem und jedem und schränkt deshalb per se ein Verbot *aller* möglichen Inhalte aus. Auch kann die Irreführungsratio des § 3 UWG auf Public Relations nicht deckungsgleich übertragen werden. Public Relations sind wegen ihrer thematischen Breite nicht so einfach verifizierbar

498 Selbstverständlich gibt es auch bei der Werbung außersprachliche Förderungsmaßnahmen, wie die *Verkaufsförderung* (siehe die Skizze zum Marketing-Mix) wie etwa die Probierstände der Propagandisten in den Supermärkten (zum Begriff siehe P.M.Christofolini, Verkaufsförderung, in: B.Tietz u.a., Handwörterbuch des Marketing, 2.Aufl., 1995, 2166 f) und die Entwicklung umfassender distributions- und kontrahierungspolitischer aber zeitlicher und örtlich beschränkter Kampagnen.

499 J-A. Meyer, Public Relations, in: B.Tietz u.a., Handwörterbuch des Marketing, 2.Aufl., 1995, 2195, 2202.

500 7. Kapitel.

wie die Produktwerbung, wo die Benutzung des Produkts einen eigene Beurteilung des Verwenders ermöglicht.⁵⁰¹ Umgekehrt sind die Aussagen thematisch zum Teil so umfassend, daß dem Kommunikator nicht zugemutet werden kann, von seiner Meinung Abstand zu nehmen, weil einige Rezipienten durch die Kommunikation von einer feststellbaren „Wahrheit“ entfernt werden. Das Ideal, nämlich daß *Public Relations nicht dazu genutzt werden, Werbebeschränkungen und-verbote zu umgehen; und umgekehrt Werbeverbote und-beschränkungen nicht dazu benutzt werden, den meinungs- und informationsfreiheitlichen Charakter von Public Relations zu unterdrücken*, rückt angesichts der Breite der Thematik und der Schwierigkeit der Wirkungsfeststellung von Kommunikationen in weite Ferne. Die Umgehungsratio ist deshalb immer *ein* Prüfungspunkt, der sowohl im Wettbewerbsrecht⁵⁰² als auch im Verfassungsrecht⁵⁰³ in die Konkretisierung bzw. Abwägung einzubeziehen ist. Diese ratio kann aber im Verhältnis von Werbung zu Public Relations nicht die einzige sein. Deshalb sind für Public Relations im Vergleich zur Werbung die Entwicklung eines unterschiedlichen Irreführungsbegriffs verlangen. Die Details müssen den Wettbewerbsgerichten überlassen bleiben; die undifferenzierte Behauptung,

„Auch in „public relations“ können Werbeangaben enthalten sein. Sind sie irreführend und werden sie zu Wettbewerbszwecken gemacht, so liegt ein Verstoß gegen § 3 UWG vor.“⁵⁰⁴

reichen dafür nicht aus.

- (c) *Kategorisierungsresistenz kommerzieller Sprache.* Hinzukommt, daß die Unternehmen bewußt die strategische und organisatorische Trennung von Werbung, Public Relations (und Sponsoring) in der Kommunikationspolitik des Marketing-Mix zu einer (kommunikations-)strategischen Speerspitze (wieder-)verschmelzen.

Ein Beispiel ist das bereits erwähnte Zeitschriften Supplement „Feinde“ von Benetton. Das Werbungselement besteht in der Kleidung mancher der abgebildeten „Models“; der Public Relationsaspekt ist die Botschaft, daß „Feinde“ in Israel und Palästina der Vergangenheit angehören sollen. Das Mittel, das Benetton hier einsetzt ist, daß jedes dieser „Models“ mit prägnant formulierten Statements zum Thema beiträgt. Die Beziehung, die Benetton zu diesen Thema hat, wird allein durch dieses Supplement hergestellt. Wenn sich Benetton entschließen würde, einige der in dem Heft genannten Einrichtungen, die den interkulturellen Austausch fördern, zu unterstützen, wäre auch ein Sponsoringelement gegeben.

501 C.Hundhausen, Public Relations, 1969, S. 131.

502 Aufgrund des Sachverhalts verneint von BGH Urt.v.19.6.1997 NJW 1997, 3302 "Kaffeebohne".

503 7. Kapitel.

504 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., vor §§ 3- 8 UWG Rn. 4.

Diese qualitative und quantitative (immerhin ca. 80 Seiten) Kombinationskreativität stellt die juristische Verwendbarkeit des Marketing-Mix insbesondere in seinen kommunikationspolitischen Differenzierungen (Public Relations, Werbung, Sponsoring) in Frage. Wird hier nicht getrennt, was eines ist: nämlich die Kraft, Kreativität und Wirkung von Sprache? Nach hier vertretener Ansicht gilt es zwischen Scylla und Charybdis zu „wählen“; nämlich zwischen

4. Kategorisierungsmut und/oder die Inkaufnahme von Begründungsdefiziten

a) Integration der werbestrategischen Definitionen in die juristische Begründung

Zunächst ermöglicht das Marketing-Mix die gewählte und sonstige, nicht gewählte Absatzstrategien sofort zu erfassen.

Es fällt sofort auf, daß ein Unternehmen nur Produktwerbung betreibt, wie es auffällt, daß eine Branche nur „Öffentlichkeitsarbeit“ (Public Relations) betreiben will. Letzteres traf für die Oligopole in der Energiewirtschaft vor der gemeinschaftsrechtlichen Deregulierung zu.⁵⁰⁵

Mit der Hilfe des kommunikationspolitischen Bestandteils des Marketing-Mix können - vergleichbar dem eingangs geschilderten Bild mit den Flußufern - diese Ufer konturiert und die Strömung nahe der Mitte besser beschrieben werden. Die Beurteilung *des Inhalts von Kommunikation* (Grad der Produktzentrierung) und des *eingesetzten Mittels* (Benutzung „klassischer“ Werbeträger) lassen vor dem strategischen Hintergrund von Werbung und Public Relations Groborientierungen zu. Die hier aufgezeigt Struktur ermöglicht es auch, die Verschmelzungsstrategie von Benetton zu erkennen.

Das in seiner Quantität unübliche Format hat zunächst zur Folge, daß der BGH - wollte er seine Rechtsprechung zur „ölverschmutzten Ente“ (Fall I) fortsetzen - noch weniger überzeugend wäre. Unterstellt bei einer Werbeanzeige von *einer* Seite könnte eine Ausnutzung der Sympathie der Rezipienten zugunsten der Umsatzambitionen eines Unternehmens bejaht werden; bei 80 Seiten und dem entsprechenden finanziellen Mut des Unternehmens kann man das kaum mehr behaupten. Der BGH müßte hier wohl davon ausgehen, daß Benetton zur Bildung der öffentlichen Meinung einen auch wettbewerbsrechtlich erheblichen Beitrag leistet.⁵⁰⁶ Die Qualität der Konzeption und der Texte sowie das Essay eines Schriftstellers⁵⁰⁷ nehmen der Konnotation des BGH zum „Mißbrauch von Kunst“ im Wettbewerb Überzeugungskraft. Durch die Zusammenarbeit mit einer Redaktion (Newsweek) wurde „dieser außergewöhnliche *Katalog*“⁵⁰⁸, der gleichzeitig

505 V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, 11-18.

506 Jedenfalls fehlt es an der "tiefgehenden emotionalen Einwirkung auf die Gefühlslage, deren kommerzielle Ausbeutung das Unwerturteil des § 1 UWG begründen könnte" (BGH Urt.v.15.5.1998 NJW 1998, 604, 606 "Politikerschelte").

507 A.B.Yehoshua, "Illusion, aber auch Hoffnung in den Bildern von Oliviero Toscani", in: "Feinde".

508 Es handelt sich um einen Katalog, der auf neue Weise die Bedürfnisse der Kunden definiert. Es existiert kein einziges Preisschild und kein einziger Bezugshinweis. Entscheidend soll in diesem Marktsegment das Produkt (und sein Image) und nicht der Preis sein.

Reportage ist, oder ... diese Reportage, in der alle Benetton-Kleidung tragen (selbst wenn man es nicht sofort merkt)⁵⁰⁹ auch zur Presse selbst.

Das Beispiel Benettons wird hervorgehoben, weil die Werbung über den Weg zu den Public Relations („Feinde“) den Weg zur Werbung zurück („Abbildung von Produkten“) - im Unterschied zu Fall I („Ölverschmutzte Ente“) - und weiter zur untrennbaren Verknüpfung mit der „Presse“ gefunden hat. Alle medienrechtlichen Trennungsgebote verfehlen hier ihren Sinn, weil der Werbende selbst die Zeitschrift als große „Anzeige“ erstellt und damit hergestellte Verknüpfung nicht mehr trennbar ist. *Eine* Zukunft - von vielen - der Werbung könnte deswegen nicht mehr „Öffentlichkeitsarbeit oder Journalismus“⁵¹⁰ sondern „Öffentlichkeitsarbeit statt Journalismus“ heißen.

Das Problem, wie ein solcher „Katalog“ rechtlich zu beurteilen ist, kann angesichts der Verschmelzungsstrategie mit den Differenzierungen, die die Kommunikationspolitik zur Verfügung stellt, nicht gelöst werden. Das gilt umso mehr, als sich der Benetton-Katalog vom Marketing-Mix entfernt und der Schutzbereich der medialen Freiheit der Presse (Art. 5 Abs. 1 S.2 GG) eröffnet wird. In einer systemtheoretischen, juristischen⁵¹¹ Betrachtung tritt neben das Subsystem „Produkt-Marketing“ das Subsystem „Ideen-Marketing“ und die Benetton-Schrift befindet sich in einer juristischen Betrachtung im Schnittfeld beider. Das BVerfG hat noch keine verbindlichen Aussagen zur sogenannten „Interessentenpresse“⁵¹² getroffen. Fest steht, daß alles, was wie Presse⁵¹³ aussieht, also zur Vervielfältigung von Meinungen geeignet ist, vom medialen Schutzbereich umfaßt sein muß. Erst im Rahmen des effektiven Garantiebereichs können Differenzierungen getroffen werden, denen wieder die von der Werbung bekannte Kritik⁵¹⁴ der Motivationssuche und der wirtschaftlichen Folgen von Kommunikationen entgegensteht. Kennzeichnend für die Benetton-Schrift ist, daß sie kostenlos ist, und sich deswegen durch den Produktabsatz finanzieren muß. Es wird interessant werden, welche Anforderungen die Rechtsprechung an solche Presseerzeugnisse hinsichtlich der Verpflichtung zur Wahrheit und zur Sachlichkeit bei der Äußerung über Mitbewerber anwenden wird. Auch nach hier vertretener Ansicht ist eindeutig, daß die Wertungen des Art. 5 Abs. 1 GG bei einem solchen Produktkatalog einfließen müssen. Soweit durch den Umfang und die Thematik der Kommunikation (wie bei Benetton) nicht eindeutig ist, daß es sich um „Presse“ handelt, muß in-

509 L.Benetton in seinem Vorwort.

510 So der Buchtitel von B.Baerns, *Öffentlichkeitsarbeit oder Journalismus*, 2.Aufl., 1991

511 Bei einer werbestrategischen Betrachtung könnte man selbstverständlich argumentieren, daß die Benetton-Presse nur ein sophistiziertes Element der Kommunikationspolitik ist.

512 5. Kapitel II 2 c bb).

513 Herzog, in: Maunz/Dürig, 20 Lfg. Art. 5 Rn. 129-136, der auf die Vervielfältigung von Meinungen und Informationen abstellt und zurecht eine inhaltliche Bewertung bei der Eröffnung des Schutzbereichs ablehnt.

514 Siehe zur Gewinnerzielungsabsicht und den wirtschaftlichen Folgen bei der Werbung 7. Kapitel.

nerhalb der Public Relations, als Bestandteil des Marketing-Mix zwischen *werbungsakzessorischen Public Relations* und nicht *werbungsakzessorischen Public Relations* unterschieden werden.

b) *Unterscheidung von werbungsakzessorischen und nicht werbungsakzessorischen Public Relations*

aa) Vermutung bei gegenleistungspflichtigen Public Relations

Die Public Relations, die entgeltpflichtig von Werbeträgern weiterverbreitet werden (Eigendarstellungs- und werbungsszenarien), befinden sich grundsätzlich im kommunikationspolitischen Teil des Marketing-Mix und sind nach Art. 12 GG - wie die Werbung - geschützt. Soweit sie inhaltlich auch die Produkte hervorheben, handelt es sich um „werbungsakzessorische Public Relations“.

Diese Vermutung kann widerlegt werden, wenn die *Komplexität einer Kommunikation* dieser Zuordnung nicht entspricht.

Ein Beispiel ist das Supplement „Feinde“ von Benetton. Die Beifügung zur FAZ erfolgte sicher gegen Entgelt; diese nicht nur örtliche und personale Nähe zur Presse (Newsweek) hebt die Vermutung auf und eröffnet den Schutzbereich des Art. 5 GG.

Bei gegenleistungspflichtigen Public Relations (Eigendarstellungsszenarien) unterliegen die Kommunikatoren grundsätzlich *ähnlichen* Verpflichtungen zum Schutz der Rezipienten vor Irreführung (§ 3 UWG). Andernfalls würde durch die quantitative und qualitative Anreicherung von Werbung der erreichte Schutz gemindert. Bei Public Relations kann der Kommunikator für das Irreführungspotential unternehmensexternen Aussagen nicht in gleicher Weise verantwortlich gemacht werden, wie bei der Werbung.

bb) Vermutung bei nicht gegenleistungspflichtigen Public Relations

Die Weiterverbreitung von Public-Relations-Sprache erfolgt auch durch vom Kommunikator nicht entgeltene und idealiter unbeeinflusste Kommunikationsmittler. Die Public Relations, die Grundlage dieser Berichterstattung sind, sind grundsätzlich nach der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt GG) geschützt. Soweit sie sich inhaltlich in einer typischen Produktwerbeaussage erschöpfen, bleibt es bei werblichen Schutzbereich des Art. 12 GG; auch wenn auf den Einsatz der klassischen massenmedialen Werbemittel verzichtet wird.

Ein Beispiel ist die Berichterstattung über die Pressekonferenz, die den Streit um die Werbung über Waschmittel zu Gegenstand hat. Hier ist die Nähe zur Produktwerbung so klar gegeben, daß es sich um nach Art. 12 GG zu beurteilende, werbungsakzessorische Public Relations handelt.

Die Weiterverbreitung durch die Medien erfolgt im Rahmen der medialen Grundrechte des Art. 5 GG. Die unterschiedliche verfassungsrechtliche Bewertung, die zunächst vom Kommunikationsinhalt- und träger abhängig ist, ist Folge des Un-

terschiedes von Eigen- und Fremddarstellungsszenarien. Sobald das Eigendarstellungsszenario durch die „klassischen“ Werbeträger und Werbemittel verbreitet wird, geht es zunächst um die Ersetzung und Begleitung der sonstigen Werbung (Ausnahme: siehe oben Benetton). Sobald das Eigendarstellungsszenario nur der Vorbereitung für ein Fremddarstellungsszenario bietet, ist es gerechtfertigt, bei Aussagen die über die Werbung hinausgehen, grundsätzlich von einer Geltung von Art. 5 GG auszugehen. Der Hauptaugenmerk richtet sich dann auf die Weiterverbreitung dieser Eigendarstellung in den Medien⁵¹⁵, die ihrerseits durch Art. 5 GG geschützt sind. Die Verbindung zwischen dem Kommunikator und den Medien unterliegt dem Wettbewerbsrecht (siehe unter II). Letztendlich wird die Trennung von Eigen- und Fremddarstellungsszenario durch den ethischen Anspruch der Mitglieder der Medien selbst zum Ausdruck gebracht, die sich einem „begründeten öffentlichen Interesse“ und dem „Informationsinteresse“ der Rezipienten verantwortlich fühlen.⁵¹⁶ Die Tatsache, daß beides wiederum durch die Betätigung und Kommunikationspolitik der Unternehmen selbst beeinflusst wird, verdeutlicht die Bedeutung von Einzelfällen, die Notwendigkeit der Würdigung von Nuancen und die These von der spiralförmigen Natur des Prozesses, den wir öffentliche Meinung nennen⁵¹⁷.

c) *Fehlende Integration und das Fehlen einer überzeugenden Begründung*

Wie eine Rechtsprechung, die über diese marketingpolitische Terminologie nicht verfügt, mit Sachverhalten umgeht, die Public Relations involvieren, verdeutlicht die Behandlung der Togonalanzeige durch das Oberlandesgericht München. Es handelt sich um eine **Kombination** zwischen Unternehmens- („Togal-Werk“) und Produktwerbung („Togal, Tabletten“) und Public Relations („Finanzierung der Bundestagsbar“). Ohne überhaupt zu erkennen, daß es sich nicht **nur** um die typische Form der Produktwerbung handelt, erläßt das Gericht ein Unterlassungsurteil (§ 1 UWG) mit der aufschlußreichen Begründung, daß die Werbung nicht alle für die Heilmittelwerbung notwendigen Angaben beinhalte (§ 4 Abs.1 HWG). Deshalb

...“kommt es nicht mehr darauf an, ob sich insoweit die Verfügungsbeklagte auf das Recht zur freien Meinungsäußerung ... berufen könnte“.⁵¹⁸

515 Die Tatsache, daß bei der Mundpropaganda jede Werbung und Public Relations zum Bestandteil der Meinungsfreiheit wird, ist vorausgesetzt.

516 Beispielsweise Richtlinien des deutschen Presserats: "§ 7.2 "Unentgeltliche redaktionelle Veröffentlichungen, die auf Unternehmen, ihre Erzeugnisse, Leistungen oder Veranstaltungen hinweisen, dürfen nicht die Grenze zur Schleichwerbung überschreiten. Eine Überschreitung liegt insbesondere nahe, wenn die Veröffentlichung über ein begründetes öffentliches Interesse oder das Informationsinteresse der Leser hinausgeht".

517 E.Noelle-Neumann, Die Schweigespirale, 1994.

518 OLG München Urt.v.3.2.1994, "Togal" WRP 1994, 413; LG München, GRUR 1993, 985.

Der BGH hat diese Negierung der Meinungsfreiheit **nicht** übernommen, im Ergebnis aber die Entscheidung des OLG München aufrechterhalten. Der BGH argumentiert, daß der Togonal-Werbung die „tiefgehende psychologische Emotionalisierung“ der Rezipienten fehle. Eine Ausbeutung von Emotionen für das Ansehen des Unternehmens läge nicht vor. Positive Bewertung findet auch, daß sich die Anzeige nicht auf eine pauschale Kritik beschränke.⁵¹⁹ **Der Produktwerbungsteil dominiert nach der BGH-Ansicht die Bewertung der Anzeige - ohne daß das vom BGH selbst offengelegt wird.** Es handelt sich um eine partikulare Betrachtungsweise, die überzeugend sein könnte, wenn sie offengelegt würde. Danach müßte diese Anzeige in Zukunft

- die Zusammensetzung, die Anwendungsgebiete, die Gegenanzeigen und die Nebenwirkungen des Produkts enthalten (§ 4 Abs. 1 Nr. 3-6 4 HWG) enthalten oder aber das Unternehmen wird darauf verwiesen, sich ohne den ironischen Hinweis:

„Da helfen mir nicht einmal meine Tabletten“ ... zu äußern.

Die typischen Gefahren von Selbstmedikation durch unaufgeklärte Patienten wird durch diese Anzeige, die **im Schwerpunkt** Public Relations und Unternehmenswerbung ist, **nicht** hervorgerufen. Der Gehalt der Produktwerbung tritt gegenüber der Unternehmenswerbung wie auch der Public Relation zurück. Der BGH hat diese Gewichtung verkannt; und das, obwohl Unternehmenswerbung und Public Relations, nicht vom Heilmittelwerbegesetz erfaßt werden.⁵²⁰ Der Verweis auf die Möglichkeit, sich anders zu äußern, überzeugt im Meinungsfreiheitsrecht - das der BGH auch in dieser Entscheidung ohne weiteres zugrundelegt - grundsätzlich nicht. Der Kern dieser Freiheit ist es, sich so zu äußern, wie der Kommunikator es wünscht, und deshalb überzeugt der Hinweis auf andere Beitragsformen nicht. Der Eingriff, der hier nach der Rechtsprechung des BGH verlangt wird, ist, daß ein bestimmter Mindestinhalt der Anzeige vorliegen muß. Das BVerfG hat in seiner Tabaketikettierungsentscheidung die Einschlägigkeit der negativen Meinungsfreiheit für solche fremdbestimmten Kommunikationsinhalte abgelehnt und nur eine zulässige Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (Art. 12 GG) bejaht. Hier ist die Ausgangslage komplexer, weil nicht eine reine, suggestive Produktwerbung ergänzt wird⁵²¹ - wie in den Tabakfällen - sondern eine komplexe Kommunikation. Diese Rechtsprechung wird der einschneidenden Einengung des Kommunikationsrechts eines Unternehmens nicht gerecht. Es handelt sich um ein Eigendarstellungsszenario, weil der Autor der Meinung für die Verbreitung bezahlt und damit auch den Umfang und Inhalt der Kommunikation gestaltet. **Das darf aber nicht dazu führen, daß Arzneimittelunternehmen nur noch mit sämt-**

519 BGH Urt.v.15.5.1998 NJW 1998, 604, 606 "Politikerschelte".

520 2. Kapitel II 1 c cc).

521 Und die Mindestbestandteile der Meinung nicht offensichtlich von einem anderen – wie bei der Warnung der Gesundheitsminister bei der Tabakwerbung - stammen.

lichen Pflichtangaben Anzeigen veröffentlichen dürfen, wenn sie ironisch und untergeordnet auf das eigene Produkt anspielen. Wenn man die Wechselwirkungsansatz des Art. 5 Abs. 2 GG ernst nimmt, dann ist die teleologische Gefahr der uninformierten Selbstmedikation bei dieser Anzeige so untergeordnet, daß es nie gerechtfertigt wäre, diese Werbung oder Public Relations zu untersagen. In den nächsten Abschnitten soll - ergänzend zu der Struktur und Differenzierung der Kommunikationspolitik - die wettbewerbsrechtliche Behandlung zutreffender Sprache geschildert werden.

V. Einfachgesetzlicher Lauterkeitsanspruch (§ 1 UWG) als Charakteristikum kommerzieller Sprache

Die als „kommerzielle Sprache“ bezeichnete Kommunikation unterscheidet sich in einer *einfachgesetzlichen Betrachtung* von nicht-kommerzieller Sprache durch den Lauterkeits- und Irreführungsschutz, der in den § 1,3 UWG gewährleistet wird. Im Bereich der nicht-kommerziellen Sprache wird sittenwidrige und/oder irreführende Sprache dem Meinungsmarkt im wesentlich weiteren Umfang überlassen als bei der kommerziellen Sprache, wo die Wettbewerbsgerichte wegen der *potentiellen Folgen* der Sprache für Mitbewerber, Rezipienten und das Allgemeinwohl sehr viel eher Sprache einschränken. Dieser Abschnitt versucht einen Überblick über meinungsfreiheitlich relevante Strukturelemente der Rechtsprechung zu § 1 UWG⁵²², die - wie die Fälle I-VI zeigen - kommerzielle Sprache im Vergleich zu nicht-kommerzieller Sprache so beengt, zu geben. Der Einblick in die aus meinungsfreiheitlicher Sicht interessanten Strukturmerkmale soll deutlich machen, welche Änderungen durch einen meinungs- und/oder informationsfreiheitlichen Schutz von Werbung notwendig werden könnten. Im Mittelpunkt des Abschnitts steht der Lauterkeitsanspruch des § 1 UWG, der wettbewerbsrechtlich systematische Berührungspunkte mit § 3 UWG (dazu unter V 7 b), dem Schutz vor irreführender Werbung hat. Das Verbot sittenwidriger Werbung und der Schutz vor Irreführung verlangen beide, daß

„im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ (§§ 1,3 UWG)

(nach der hier verwandten Terminologie) gesprochen wurde. Insoweit können die Ausführungen dieses Abschnitts zum Umfang dessen, was „kommerzielle Sprache im Sinne von § 1 UWG ist“, auch auf § 3 UWG Anwendung finden. Von einer detaillierten Darstellung von § 3 UWG, die über die systematischen und abstrakten Beziehungen zu § 1 UWG hinausgeht, wurde abgesehen, weil es sich

522 Die Fragen der Prozeßführungsbefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG und insbesondere der Nr.1 und 2 UWG, die eine wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt fordern R.Sack, Die wettbewerbsrechtliche Klagebefugnis des "unmittelbar Verletzten" nach der Neufassung des § 13 Abs. 2 Nr.1.UWG, BB 1995, 1ff), wurden nicht erörtert, weil sie aus meinungsfreiheitlicher Sicht nicht von besonderem Interesse sind.

immer um die *Bewertung der Irreführungsgefahr für eine konkrete Werbung* handelt und das Verfassungsrecht bisher keine eigenen oder besseren Maßstäbe dafür kennt, wie die Gefahr der Irreführung von Sprache zu bewerten ist. Der *Irreführungsschutz*⁵²³ (§ 3 UWG) kennt (bisher) kein einfachgesetzliches Pendant bei der nicht-kommerziellen Sprache und deshalb sind die Maßstäbe, die der meinungsfreiheitlichen BVerfG-Rechtsprechung zu unwahren Äußerungen und/oder Werturteilen bisher zu entnehmen sind⁵²⁴, keine, die auf § 3 UWG - soweit es um die Irreführung geht - per se anwendbar sind.⁵²⁵ Wenn Werbung als Meinung geschützt werden soll, werden diese Maßstäbe durch das BVerfG entwickelt werden müssen. Das setzt aber voraus, daß die grundsätzliche Frage der Einwirkung des Verfassungsrechts auf den Lauterkeitsanspruch für zutreffende und nicht irreführende Sprache in § 1 UWG geklärt ist.

1. Beschränkung des Untersuchungsumfangs auf die rechtliche Disparität von zutreffender Sprache und Tun

Allein die oft zitierte Fallgruppenübersicht von Baumbach/Hefermehl zu § 1 UWG zeigt, daß eine Struktur von § 1 UWG aus der Perspektive des Verfassungsrechts den Rahmen vieler Monographien verlassen müßte. Aus meinungsfreiheitlicher Perspektive sind *die* Fallgruppen von besonderer Bedeutung, in denen eine rechtliche Disparität zwischen Sprache und Tun festzustellen ist. Es handelt sich um die Fallgruppen, in denen *wahrheitsgemäße und nicht irreführende* (siehe unter I 4 h) *kommerzielle Sprache beschränkt wird, obwohl das Tun auf das sie sich bezieht, legal und nicht sittenwidrig ist (rechtliche Disparität von Sprache und Tun)*.

Das typische Szenario ist die Tabakwerbung, bei der die Werbung außerhalb der Verkaufsstelle verboten wird, die Produktion von Tabak subventioniert wird und der Vertrieb von Tabak erlaubt bleibt.

Bei dieser Beschränkung werden Fallgruppen, in denen eine *akzessorische Behandlung von Sprache und Tun vorliegt*, vom Untersuchungsumfang nicht umschlossen.

Einige nicht abschließende Beispiele sind die schon im Abschnitt über Sponsoring angesprochenen Sponsoringwerbungen (oben unter III) mit unzulässigen Zugaben und Rabatten, die unzulässige Wertreklame oder die Werbung für Verkäufe unter

523 Die Entscheidungen des BVerfGE 54, 208, 219 "Böll" zur ordnungsgemäßen Zitieren von vorgeblich im Wortlaut wiedergegebenen Aussagen betreffen vorrangig den Wahrheitsgehalt einer Aussage, und erst zweitrangig den Irreführungsschutz.

524 Das BVerfG kann nur die Auslegung von Gesetzen, die Voraussetzung für die Untersagung irreführender Sprache sind (Art. 5 Abs. 2 GG), auf die Beachtung der Verfassung überprüfen. Weil es im Bereich der nicht-kommerziellen Sprache grundsätzlich nur ein Recht gegen unwahre, nicht aber gegen irreführende Sprache gibt, fehlt es an der Übertragbarkeit von Kriterien.

525 7.Kapitel.

Einstandspreis in „Vernichtungsabsicht“ oder die Werbung für „Nachahmungswettbewerb“, und ähnliches.

Die Untersagung des Tuns und gegebenenfalls der Sprache durch § 1 UWG mag bei den akzessorischen Szenarien in Hinblick auf Art. 12 und 14 GG überprüfungsbedürftig sein. Bei der Untersagung der Werbung für sittenwidriges Tun fehlt es jedoch an dem spezifischen, hier interessierenden meinungsfreiheitlichen Bezug.

Ein Beispiel aus dem Strafrecht mag das verdeutlichen. Solange Mord (§ 211 StGB) strafbar ist, solange ist auch die rechtliche Bewertung der sprachlichen Anstiftung zu Mord (§ 26 StGB) durch § 211 StGB geprägt. Die Inanspruchnahme von Meinungsfreiheit für eine (tatsächlich) zum Mord anstiftende Sprache ist von diesem Verbot des Tuns geprägt.

Ähnliches gilt für die Werbung, die versucht, Käufer für Produkte, die unzulässig andere nachahmen, zu beschaffen oder Werbung die auf die Gefährdung unzulässiger Zugaben und Rabatte gerichtet ist.

2. Bedeutung von § 1 und § 3 UWG für die Beschränkung kommerzieller Sprache

Die Funktion dieser Vorschriften des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb ist zweifach:

a) Materielle Bedeutung: Auffangtatbestände

Zum einen sind sie *materielle leges generales*. Wenn spezielle Marketing- und Werbegesetze - auch innerhalb des UWGs (§ 6 ff UWG) - keine Regelung über die Sittenwidrigkeit oder den Irreführungsschutz enthalten, kann auf §§ 1 und 3 UWG rekurriert werden, die deshalb als „große“ und „kleine Generalklausel“⁵²⁶ bezeichnet werden. *Wo immer Angaben im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gemacht werden, dürfen diese nicht gegen die guten Sitten verstoßen und die Rezipienten nicht irreführen.*

Bedeutung hat die Auffangfunktion von § 1 UWG vor allem beim Schutz des negativen Rezipienteninteresses, weil die „speziellen“⁵²⁷ Werbe- und Marketinggesetze dieses wenig berücksichtigen.

b) Sanktionsrechtliche Bedeutung: auch private Kläger und kein Sanktionsmonopol der Behörden

aa) Schutz des lautereren Wettbewerbs auch auf Initiative privater Kläger

Zum anderen hat das UWG *sanktionsrechtlich* eine entscheidende Bedeutung: es ermöglicht die Klage und Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen (§ 1 UWG) der nach § 13 Abs.2 UWG Prozeßführungsbefugten

526 Statt vieler B.Schünemann, UWG Großkommentar, Einl. D 52.

527 Sachlich, aber nicht rechtlich "speziell" dergestalt, daß der Rekurs auf das UWG nicht mehr möglich ist.

gegen kommerzielle Sprache(, die spezialgesetzlichen Anforderungen nicht gerecht wird⁵²⁸):

„In den Fällen der §§ 1, 3 ...kann der Anspruch auf Unterlassung geltend gemacht werden

1. von **Gewerbetreibenden**, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den **Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen**,
2. von **rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen** ...soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt **wesentlich zu beeinträchtigen**,⁵²⁹
3. von **rechtsfähigen Verbänden, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen** ... soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, durch die **wesentliche Belange der Verbraucher** berührt werden,
4. von den **Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.**“

Das spezialgesetzliche, nahezu ausnahmslos öffentliche Werberecht - vergleiche die erste und letzte Spalte der Übersicht „Verbraucherschutzrecht“ - enthält sehr oft Aufsichtsbefugnisse (etwa § 24 Abs.1 KWG) und als Sanktionsnormen Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände. Die Durchführung solcher Verfahren dauert und verlangt oft eine Information der zuständigen Behörde. Demgegenüber ermöglicht das UWG eine vergleichsweise zügige Klärung der Positionen mittels **Abmahnungen**, die

- mit mit Vertragsstrafe⁵³⁰ bewehrten Unterlassungserklärungen beantwortet werden, (wobei im Zuwiderhandlungsfall die Vertragsstrafe⁵³¹ dem abmahnen- den Mitbewerber zusteht)
- zur Beendigung des wettbewerbswidrigen Marketingverhaltens des Mitbewerbers führen,
- durch das Verhalten des Abgemahnten schnell deutlich machen, daß es einer gerichtlichen Auseinandersetzung (gegebenenfalls im einstweiligen Rechtsschutz) bedarf.

Die unmittelbare Berührung der Interessen der Mitbewerber durch rechtswidriges Verhalten anderer Mitbewerber sowie die Marktnähe von Mitbewerbern, Vereinen zum Schutz des lautereren Wettbewerbs und Verbraucherschutzverbänden führt

528 Und des unmittelbar Verletzten, zu dem aber nicht der betroffene Verbraucher gehört; V.Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1998, S. 340.

529 C.Engler, Unterlassungs- und Vertragsstrafenansprüche von Wettbewerbsverbänden nach der Neuregelung ihres Klagerechts durch das Gesetz zur Änderung des UWG, NJW 1995, 2185.

530 Die Abmahnungen, die im UWG ausdrücklich nicht verlangt werden, sind Resultat der Kostenregelung in § 93 ZPO; zu den Voraussetzungen siehe Baumbach/Hefermehl, 17.Aufl., Einl. UWG, Rn.529ff.

531 Zur Höhe der Vertragsstrafe Baumbach/Hefermehl, 17.Aufl., Einl. UWG, Rn.275,f.

dazu, daß *das unlautere Wettbewerbsrecht die in der Praxis oft entscheidende Waffe*⁵³² *auch bei Verletzung von öffentlich-rechtlichem Werberecht ist.*

bb) Verstoß gegen spezialgesetzliche Werbebeschränkungen und -verbote als (konstitutives) Indiz für den Verstoß gegen die guten Sitten

Die Rechtsprechung kennt unterschiedliche Methoden für die Feststellung der guten Sitten (dazu siehe unter V 6). In diesem Unterabschnitt ist festzuhalten, daß auch der Verstoß gegen die speziellen (öffentlich-rechtlichen) Werbe"gesetze" den Verstoß gegen § 1 UWG entweder indizieren oder konstituieren können (siehe unter V 2 b).

a) *Gesetz- und Sittenverstoß*

Der Begriff des „Gesetzes“ wird hier untechnisch verwandt; in Betracht kommen Verhaltensmaßstäbe, die in unterschiedlichsten Rechtsquellen enthalten sind. So in Bundes- und Landesgesetzen, in Bundes- und Landesrechtsverordnungen, in Satzungen von Selbstverwaltungskörperschaften; insbesondere im Standesrecht, als dem von den „Ständen“ der freien Berufe geschaffenen Rechts⁵³³ und in Verhaltensregeln, die vom Deutschen Werberat⁵³⁴ und internationalen Werbeverbänden⁵³⁵ als Organen der Selbstkontrolle der Werbewirtschaft erlassen werden. Die Verhaltensregeln des deutschen Werberates sowie der internationalen Verhaltensregeln für die Werbepaxis sind weder für Mitglieder noch Nichtmitglieder rechtlich bindend; ⁵³⁶ bedeutsam sind sie allerdings, weil sie für die Gerichte Ausdruck von Sitten der beteiligten Wirtschaftskreise sind und damit tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen von „Sitten“ sind.

532 So werden als ältere Zahlen aus den 80er Jahren 140 Verfahren pro Jahr genannt, von denen 40 % mit Einstellung oder Freispruch endeten. K.Horn, Strafbare Werbung, 1991, S.40.

533 J.Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S.158.

534 Beim Deutschen Werberat handelt es sich um das 1972 gegründete, selbstdisziplinäre Organ des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft (Jahrbuch Deutscher Werberat 1995, S.17, der Verhaltensregeln für die Werbung mit und vor Kindern in Werbefunk- und -fernsehen (S.57); zur Werbung mit unfallrisikanten Bildmotiven (S.63, wo Werbung für Maschinen und Arbeitsgeräte nur mit Bildern betrieben werden soll, auf denen die Unfallverhütungsvorschriften beachtet, bzw. die Arbeitssicherheit gewahrt ist), zur Reifenwerbung (S.64; Keine Hervorrufung "falscher" Sicherheitsgefühle durch positive Darstellung von Autoreifen), Verlautbarung zur Herabwürdigung und Diskriminierung von Personen (S.65) und ZAW-Richtlinie für redaktionell gestaltete Anzeigen (S.66).

535 "Internationale Verhaltensregeln für die Werbepaxis, WRP 1973, 391, ff.

536 Der Deutsche Werberat kann nach erfolglosem Beschwerdeverfahren eine "öffentliche Rüge" aussprechen. Die Effizienz dieser Rüge besteht in einer Veröffentlichungsbarrikade für die Kampagne "Die Einrichtung wird von sämtlichen 39 Organisationen des Zentralverbandes der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) getragen - also auch von den 22 Zusammenschlüssen der Medien. Die Konsequenz.: Akzeptiert eine Firma die Beanstandung ...nicht, bedeutet das für die Medien, daß die öffentlich gerügte Werbemaßnahme auch nicht mehr verbreitet werden sollte." (Jahrbuch Deutscher Werberat, 1995, S.16) Entscheidend ist dann, ob die Rüge rechtzeitig erfolgt und ob überhaupt Medieneinsatz notwendig ist; so nicht in einem der 4 1994 gerügten Werbungen- einer Schaufensterwerbung eines Optikers, die mehrere an den Füßen gefesselte weibliche Unterkörper von nur mit Strumpfhosen bekleideten Schaufensterpuppen zeigte (S.26).

So wird eine Kreditkartenwerbung, in der dreijährige Kinder mit einer Kreditkarte spielen, deshalb als sittenwidrig qualifiziert, weil das nicht den natürlichen Lebensäußerungen eines Kindes entspräche⁵³⁷ - und damit einer Verhaltensregel des deutschen Werberates, die nur solche Lebensäußerungen in der Werbung zulassen will, widerspricht.

§ 1 UWG dient damit der Sanktionierung der Verstöße gegen Sprachbeschränkungen, die sich in ihrer Rechtsnatur grundsätzlich unterscheiden. Diese Nichtbeachtung im Vergleich zum UWG spezieller oder anderer Werberegungen, wie HWG, Zugabeverordnung oder Standesrecht (Berufsordnungen etwa der Ärzte oder der Rechtsanwälte) etwa Rabattgesetz oder Verhaltensregeln, konstituiert nicht per se den Sittenverstoß. Von der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung wird der Gesetz- und Regelverstoß nicht automatisch als Sittenverstoß gewertet. Die Rechtsprechung hat vielmehr unter dem Gesichtspunkt des „Rechtsbruchs“⁵³⁸ weitere Differenzierungskriterien

β) Werbebeschränkungen, die ihrerseits sittlich fundiert sind

Beispiele wären die Werbung für die Vergabe wucherischer Kredite (§ 138 Abs.2 BGB) oder die Werbung für den Verkauf gestohlener Waren deshalb sittenwidrig, weil die zugrundeliegenden Verbote (§ 138 Abs.2 BGB; § 259 StGB) als Regelungen qualifiziert werden, die ihrerseits Ausdruck einer Auffassung von Sitten sind.⁵³⁹ Die Folge des Verstoßes gegen diese unmittelbar sittlich fundierten Normen ist die Konstituierung des Sittenverstoßes nach § 1 UWG.

γ) Werbebeschränkungen, die ihrerseits nicht unmittelbar sittlich fundiert sind, aber deren Einhaltung einem sittlichen Gebot entspricht (wertbezogene Normen)

Auch der Verstoß gegen diese wertbezogenen Normen konstituiert den Sittenverstoß.

Beispiele sind die Werbeinhaltsregelungen im Heilmittel- Kosmetik⁵⁴⁰- und Lebensmittelwerberecht,⁵⁴¹ die dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung dienen und/oder nach der BGH-Rechtsprechung auch das rundfunkstaatsvertragliche Werberecht.⁵⁴²

537 Zum Indizcharakter der Verhaltensregeln für die Werbung mit und vor Kindern in Werbefunk- und -fernsehen des deutschen Werberates KG Berlin, Urt.v.6.3.1992, "Kreditkarte und Kinder" AfP 1992, 298, "Sie sollen keinen Vortrag von Kindern über besondere Vorteile und Eigenarten des Produktes enthalten, der nicht den natürlichen Lebensäußerungen des Kindes angemessen ist" Zum Indizcharakter der Normen des Werberates und von Standesordnungen Baumbach/Hefermehl, UWG, 17.Aufl., Einl Rn.34; § 1 Rdn.673.

538 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., § 1 UWG, Rn. 608 ff; 613 ff, 630 ff.

539 B.Schünemann, UWG Großkommentar, Einl D 55.

540 Für die Angabe der Inhaltsstoffe (§ 4 Abs. 2 KosmetikVO) bei einer Zahnpasta BGH Urt.v.16.3.1989 GRUR 1989, 673 "Zahnpasta".

541 BGH Urt.v.16.3.1989, "Zahnpasta" GRUR 1989, 673,f zu § 4 Abs.2 Nr.1 KosmetikVO für eine Vorschrift, die der Volksgesundheit dient und deren Nichtbeachtung per se den Verstoß gegen die guten Sitten indiziert. KG Berlin Urt.v. 2.6.1993, "Naturkäse" GRUR 1994, 67, 70 zu § 17 Abs.1 Nr.4 LMBG.

542 BGH, Urt.v 22.2.1990 "Werbung im Programm" NJW 1990, 3199, 3202 bejaht die unmittelbare Wettbewerbsbezogenheit wie auch Wertbezogenheit des rundfunkstaatlichen Tren-

δ) *Werbebeschränkungen, die wertneutral sind, aber unmittelbare Wettbewerbsbezogenheit aufweisen (wettbewerbsbezogene Normen)*

„Wertneutral sind Vorschriften, die nur aus Gründen ordnender Zweckmäßigkeit erlassen worden sind, jedoch weder einem sittlichen Gebot Geltung verschaffen noch dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter oder allgemeiner Interessen dienen.“⁵⁴³

Auch bei diesen Vorschriften wird zwischen Normen, die eher den Verstoß gegen die guten Sitten indizieren und anderen unterschieden:

So soll § 56 a Abs.2 S.2 GewO (Verbot der Ankündigung unentgeltlicher Zuwendungen bei einem Wanderlager zum Vertrieb von Waren)⁵⁴⁴ unmittelbar wettbewerbsbezogen sein; Vorschriften der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze - Rabattgesetz, ZugabeVO, PreisangabenVO oder das Ladenschlußgesetz⁵⁴⁵ - dagegen nicht.⁵⁴⁶ Bei letzteren kommt es deswegen darauf an, ob unter dem Aspekt des Vorsprungs durch Rechtsbruch eine Sittenwidrigkeit zu bejahen ist.

ε) *Werbebeschränkungen: Vorsprung durch Rechtsbruch*

Für sonstige Werbebeschränkungen wird die Konstituierung oder Indizierung der Sittenwidrigkeit abgelehnt; es bedarf zusätzlicher objektiver und subjektiver Kriterien - etwa „*besondere Umstände, die den Vorsprung des Mitbewerbers durch rechtswidriges Verhalten entscheidend vergrößern*“ oder eine solche „*Vorteilsabsicht mittels rechtswidrigen Verhaltens oder Sprache*.“⁵⁴⁷

ζ) *Literaturkritik*

Die Abgrenzung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen ist in der Literatur als in der Praxis nicht überzeugend angegriffen worden;⁵⁴⁸ die über diese Kritik hinausgehenden Ansätze verlangen erhebliche und deswegen schwer vorhersehbare Wertungen:

- Verstöße gegen (UWG-externe) *wettbewerbsferne Normen* begründen die Sittenwidrigkeit nur dann, wenn ein Wettbewerbsvorteil im Sinne einer „konkreten, betriebswirtschaftlich oder mikroökonomisch darstellbaren Vorzugsposition am Markt „⁵⁴⁹ besteht.
- Verstöße gegen *wettbewerbsnahe Normen* begründen die Sittenwidrigkeit per se nur dann, wenn die Normen ihrerseits der Stärkung der Wettbewerbsfreiheit dienen.

η) *Zusammenfassung*

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß der Verstoß gegen eine UWG-externe Werbebeschränkungen auch den Verstoß gegen die guten Sitten

nungsgebotes und zugleich den Charakter einer, ein wichtiges Gemeinschaftsgut schützenden Norm.

543 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 Rn. 630.

544 OLG Düsseldorf "Wanderlager" GRUR 1984, 131.

545 BGH Urt.v.7.6.1996 GRUR 1996, 786 "Blumenverkauf an Tankstellen".

546 Nachweise bei Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 Rn. 631 ff.

547 Zur Unklarheit, ob es sich beim Vorsprungsgedanken um subjektive und/oder objektive Kriterien handelt B.Schünemann, UWG Großkommentar, Einl. D 58.

548 H.K.Mees, Einheitliche Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG bei Verstößen gegen wertbezogene und wertneutrale Normen, GRUR 1996, 644, 646.

549 B.Schünemann, UWG Großkommentar, Einl D 69.

konstituieren kann. § 1 UWG ist so fähig, die Vollzugsdefizite der speziellen Werbebeschränkungsrechte⁵⁵⁰ zu mindern. Inwieweit die guten Sitten über diese Fälle „qualifizierter Rechtswidrigkeit“ hinaus einen eigenen ethischen Gehalt bewahren, soll im 6. Unterabschnitt weiter geklärt werden.

3. „Kommerzielle Sprache“ im Sinne von § 1, 3 UWG (und Art. 5 GG)

Weder § 1 noch § 3 UWG kennen die Begriffe „Werbung“, „Kommunikationspolitik“ und „kommerzielle Sprache“. § 1 UWG erstreckt sich seinem Wortlaut nach auf „*Handlungen*“, zu denen unstrittig auch die Sprache im Wettbewerb, also die Werbung, gehört und § 3 UWG bezieht sich auf „*Angaben*“. Eine Fallgruppenbildung, die am sprachlichen und damit meinungs- und medienfreiheitlichen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG orientiert ist, kennt die Literatur zum Wettbewerbsrecht, geschweige denn die Rechtsprechung nicht. In Verbindung mit zwei Tatbestandsmerkmalen, die § 1 und § 3 UWG gemein haben, nämlich den Erfordernissen

- „im geschäftlichen Verkehr
- „zu Zwecken des Wettbewerbs“⁵⁵¹

gelangt die Rechtsprechung zu einem Anwendungsbereich⁵⁵² von Lauterkeitsanspruch und Irreführungsschutz, der teilweise deckungsgleich mit dem Begriffsinhalt der hier zugrundegelegten „kommerziellen Sprache“ ist. Die Kommunikationspolitik des Marketing-Mix ist die *strategische Entsprechung des Begriffs „kommerzielle Sprache“* und die Konturen, die die Rechtsprechung dem Anwendungsbereich von §§ 1, 3 UWG gibt, bilden einen Teil der *rechtlichen* Konturen für den *Begriffsinhalt der hier so bezeichneten „kommerziellen Sprache“*.⁵⁵³

Der BGH⁵⁵⁴ und das BVerfG gehen davon aus, daß der *Anwendungsbereich des UWG („kommerzielle Sprache im Sinne des UWG“)* und das Recht auf *Meinungsfreiheit*⁵⁵⁵ einander nicht ausschließen.⁵⁵⁶ Lauterkeitsanspruch und Irrefüh-

550 Siehe zum alten HWG B.Grunewald, Die Vollzugsdefizite des Heilmittelwerberrichts und ihre privatrechtliche Kompensation am Beispiel der Publikumswerbung, 1991, 294-298.

551 Von der Wettbewerbshandlung ist die Frage nach dem Wettbewerbsverhältnis, das die Klage nach dem UWG ermöglicht, zu trennen. Dazu J.Bornkamm, Das Wettbewerbsverhältnis und die Sachbefugnis des Mitbewerbers, GRUR 1996, 528; B.Hirtz, Die Bedeutung des Wettbewerbsverhältnisses für die Anwendung des UWG, GRUR 1988, 173, 175.

552 Die wettbewerbsrechtliche Terminologie für Handlungen, die beide Kriterien erfüllen, ist die "Wettbewerbshandlung"(Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl.,Einl Rn. 146 ff. Im Rahmen dieser Arbeit interessiert aber nur das sprachliche Teilelement.

553 Differenzen gibt es bei der Würdigung der medialen Sprache. Die Rechtsprechung des UWG unterscheidet hier zwischen Programm - für das die §§ 1,3 UWG bei zutreffender Sprache grundsätzlich nicht gelten - und etwa Anzeigenteil, für den die Presse unter bestimmten Voraussetzungen störerrechtlich haften soll (dazu siehe BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2490 f "Kinderarbeit"). Aus verfassungsrechtlicher Perspektive muß der Anzeigenteil der Presse, der Werbeblock im Rundfunk grundsätzlich vom Schutzbereich der Presse umfaßt sein.

554 Etwa Fall I, II a.

555 Zum Verhältnis von Pressefreiheit zu UWG vergleiche unter 5.

rungsschutz beschränken also auch in Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG geschützte Meinungen, was das BVerfG in einem Kammerbeschluß so ausdrückt:

„Das Vorliegen einer Wettbewerbsabsicht kann von Verfassungs wegen kein geeignetes Kriterium für die Beurteilung der Frage sein, ob eine Meinungsäußerung im konkreten Einzelfall dem Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG unterfällt. Eine derart weitreichende, den Normbereich des Grundrechts von vornherein eingrenzende Funktion des Tatbestandselements der Wettbewerbsabsicht würde dazu führen, daß vielfältige Meinungsäußerungen innerhalb eines ausgedehnten Teilbereichs des Wirtschaftslebens nicht mehr dem sachspezifischen Schutz des Kommunikationsverfassungsrechts unterlägen. Dies wäre jedoch mit dem Gewicht und der besonderen Bedeutung des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit unvereinbar.“⁵⁵⁷

Für das Verhältnis des UWG zu der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Presse gilt ähnliches.⁵⁵⁸ Es gibt *demnach eine Schnittmenge von in Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG geschützter Meinung und in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Medienfreiheiten*⁵⁵⁹ auf der einen Seite und *„kommerzieller Sprache im Sinne des UWG“*⁵⁶⁰ auf der anderen Seite. Ob die „klassische Werbung“ in die Schnittmenge von Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG und §§ 1, 3 UWG fällt, oder nur im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG vor der Konkretisierung der Generalklauseln geschützt wird, ist noch nicht geklärt; diese Klärung wird bei den anhängigen Benetton-Fällen (etwa Fall I) zu erwarten sein.

An die Feststellung, daß „Meinung“ und „mediale Freiheit“ auf der einen und die „kommerzielle Sprache im Sinne des UWG“ auf der anderen Seite, einander nicht ausschließen, schließt sich die folgende Frage an: Genießt jede „kommerzielle Sprache im Sinne des UWG“ den Schutz der Meinungs- und/oder Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und/oder einer Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)? Nach Meinung des BGH ist bei Fall III der Meinungswert der Werbung abzulehnen; ähnlich hat ein Kammerbeschluß des BVerfG bei der Ausnutzung einer „fremden angesehenen Marke“ die Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs abgelehnt.⁵⁶¹

Die Beschwerdeführerin hatte Kondome in der Verpackung eines Schokoladenriegels mit der Aufschrift „Mars“ auf den Markt gebracht, und das BVerfG sah darin eine Ausnutzung der fremden Marke, nicht aber eine satirische Auseinandersetzung mit der Marke.

556 So schon BVerfGE 85, 248, 263 "Hackethal".

557 BVerfG Nichtannahme der Beschwerde Jakobowski Beschl.v.4.10.1988 NJW 1992, 1153, zum Sachverhalt siehe 5. Kapitel II 2; zurückhaltender BVerfG Kammerbeschl.v.27.5.1994 NJW 1994, 3542 "Mars-Kondom".

558 Siehe die Nichtannahme der marktintern-Beschwerden - Interessentenpresse - BVerfG Beschl.v.15.11.1982, GRUR 1984, 357, 359 f.

559 Zum Verhältnis der Filmfreiheit zu § 1 UWG BGH Urt. v. 6.7.1995 "Feuer, Eis & Dynamit I" NJW 1995, 3177, 3180.

560 In Fall III ("Schlüpferstürmer") handelt es sich um kommerzielle Sprache im Sinne des UWG, die nicht meinungsfreiheitlich geschützt sein soll.

561 BVerfG Kammerbeschl.v.27.5.1994 NJW 1994, 3542 "Mars-Kondom".

Als Vorbereitung für das 7. Kapitel, das Art. 5 Abs. 1 GG behandelt, sind im Rahmen dieses Abschnitts nicht nur die Sprachvarianten von Interesse, die das UWG als „kommerzielle Sprache“ dem Lauterkeitsanspruch und Irreführungsverbot unterstellt, sondern auch die, die nach Ansicht des UWG nicht erfaßt werden - also die „*nicht-kommerzielle Sprache im Sinne des UWG*“. Die folgende, aus verfassungsrechtlicher Perspektive erstellte Fallgruppenübersicht, soll zum einen *die* Kriterien, die die Wettbewerbsgerichte für die Bejahung „kommerzieller Sprache“ verwenden, darstellen, wie auch die Konstellationen schildern, bei denen sie §§ 1,3 UWG nicht anwenden und insoweit „nicht-kommerzielle Sprache“ privilegieren.

4. §§ 1,3 UWG: „im geschäftlichem Verkehr“

Sprache wird „im geschäftlichen Verkehr“ eingesetzt, wenn sie *zur Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks - und zwar eigener oder fremder Geschäftszwecke - eingesetzt wird.*⁵⁶² Es handelt sich um ein *objektives* Kriterium; die subjektive Komponente wird erst im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „zu Zwecken des Wettbewerbes“ geprüft wird. Bei diesem Tatbestandsmerkmal kennt die Rechtsprechung grundsätzlich nur die *Folgen-*, und nicht die Ursprungsbeurteilung. Immer wenn Sprache (positiv)⁵⁶³ geeignet ist, eine Geschäftstätigkeit zu fördern, wird „im geschäftlichen Verkehr“ gesprochen. Die wettbewerbsrechtliche Literatur und Rechtsprechung entwickelt ohne Anbindung an spezifische, grundrechtliche Gewährleistungen Fallgruppen.⁵⁶⁴ Die folgenden Ausführungen versuchen diese Fallgruppen durch das Verfassungsrecht weiter zu konturieren: Aus verfassungsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht können der *Inhalt* der Kommunikation (siehe im 2. Kapitel II 2 e etwa zur „religiösen Sprache“) und der *Ursprung* der Kommunikation, also wer gesprochen hat, Anknüpfungspunkte für die Eröffnung des Anwendungsbereichs sein.

a) 1. Anknüpfungspunkt: Inhalt der Sprache

Ein Beispiel für eine mögliche Anknüpfung an den *Inhalt von Sprache* könnten Fallgruppen wie umwelt-, verkehrs-, kultur- und sozialpolitische Sprache sein - Sprache, die sich im allerweitesten Sinne als „allgemeinwohlorientiert“ begreifen läßt. Die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung läßt diesen Anknüpfungspunkt etwa in Fall I („Ölverschmutzte Ente“) zurecht nicht gelten, weil es auf den Grad der Produktbezogenheit oder- entfernung einer *Werbung* nicht ankommt.

562 Ch.Frh.v.Gamm, Wettbewerbsrecht, 1987, § 17 Rn.17, 19. Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl., Einl. Rn 208.

563 Wobei bei negativen Folgen von Sprache im Wettbewerb davon ausgegangen werden kann, daß positive Folgen für den Mitbewerber nicht ausgeschlossen sind.

564 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl., Einl. Rn 209 ff; Ch.Frh.v.Gamm, Wettbewerbsrecht, 1987, § 17 Rn.19 ff.

„Auch eine reine Aufmerksamkeitswerbung, welche geeignet ist, den Namen des werbenden Unternehmens im Verkehr bekanntzumachen oder dessen Verkehrsbekanntheit zu steigern, rechnet zu den Wettbewerbshandlungen im geschäftlichen Verkehr ... Wegen ihrer Werbewirkung stehen sonach auch Maßnahmen, die der Pflege des Namens eines Unternehmens dienen, unter dem Vorbehalt des Verbots sittenwidrigen Verhaltens gemäß § 1 UWG.“⁵⁶⁵

Es kommt nach der Rechtsprechung deshalb in erster Linie darauf an, *wer spricht*. Das inhaltliche Kriterium dient erst in zweiter Linie der Differenzierung, ob im konkreten Einzelfall personal begründete Vermutungen des *Handelns im geschäftlichen Verkehr* entkräftet werden können.

b) 2. Anknüpfungspunkt: (Grundrechtliche) Positionierung des Kommunikators

Die Unterteilung in „Wirtschaftssubjekte“, „Idealsubjekte“ und „Staat“ dient hier der Grobgliederung.

aa) „Wirtschaftssubjekte“

Bei Kaufleuten, juristischen Personen des Privatrechts und Verbänden, deren Satzungszweck die Förderung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder angibt, besteht eine „*Vermutung*“ für ein „Handeln“ *im geschäftlichen Verkehr*.⁵⁶⁶ Diese Vermutung kann in der Theorie im Einzelfall unter Einbeziehung des Inhalts der Sprache widerlegt werden; aussagekräftige Rechtsprechungsbeispiele existieren für diese Widerlegung - soweit ersichtlich - nicht.⁵⁶⁷ Die Rechtsprechung entspricht insoweit den Erkenntnissen über die kommunikationspolitischen Optionen des Marketing-Mix, die unterstellen, daß von Public Relations, über Sponsoring bis zum Product Placement alles, was ein Unternehmen kommuniziert, im günstigsten oder schlechtesten Fall diesem Unternehmen dienen soll.

bb) „Idealsubjekte“: etwa Sprache der Parteien, von bestimmten Vereinigungen (Art. 21 und 9 GG)

Nur bei den Wirtschaftssubjekten besteht eine grundsätzliche Vermutung des Handelns „im geschäftlichen Verkehr“. Ein Beispiel für die Anknüpfung an die grundrechtliche *Positionierung des Kommunikators, die die Argumentationslast für das Kriterium „im geschäftlichen Verkehr“ verschiebt*, könnten Parteien (Art. 21 GG) sein. Sie handeln nicht im „geschäftlichen Verkehr“.

Deshalb fällt die (Ent-)Täuschung von Anrufern, denen die CDU versprochen hatte: „Sprechen *wir* darüber“ und die mit einem kommerziellen Telefondienst

565 BGH Urt.v. 6.7.1995, NJW 1995, 2488.

566 Ch.Frh.v.Gamm, Wettbewerbsrecht, 1987, § 17 Rn.19. V.Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1998, S. 15 erläutert, daß das Kartellrecht an den Unternehmensbegriff anknüpft und das UWG an die Wettbewerbshandlung.

567 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., 1996, Einl. UWG Rn. 209 nennt Privatgespräche eines Kaufmanns und schränkt aber sofort ein, daß bestimmte Äußerungen mit Privatcharakter, Strafanzeigen und Behördeninformationen immer im geschäftlichen Verkehr erfolgen.

(ohne daß eine Rücksprache mit der Partei vereinbart war) ohne „Vertretungsmacht“ für die CDU verbunden werden, nicht in Anwendungsbereich von § 3 UWG.⁵⁶⁸

Als weiteres Beispiel kommt die im Kernbereich durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Vereinigungsfreiheit bei der internen Mitgliederwerbung⁵⁶⁹ in Betracht, und die Sprache von Wissenschaft und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG) wie auch die Sprache von Religionsgemeinschaften (Art. 4 GG). Die grundrechtlich geschützte Organisation dieser Kommunikatoren berechtigt dazu, **die Aufstellung einer widerlegbaren Vermutung**, wie bei „Wirtschaftssubjekten“, abzulehnen.

Die Außerachtlassung und/oder Vernachlässigung dieser grundrechtlichen Perspektive bereits bei der Annahme des Tatbestandsmerkmals „im geschäftlichen Verkehr“ hat dazu geführt, daß ein Wettbewerbsgericht bei der Beurteilung der Mitgliederwerbung einer Vereinigung durch das BVerfG aufgehoben werden mußte.

So hatte ein OLG (ohne Zulassung der Revision) die Mitteilung der Zahl der Mitglieder eines Dachverbandes der Lohnsteuerhilfevereine (in einer Pressekonferenz) als **Umgehung der personalen Werbebeschränkungen für Steuerberater**⁵⁷⁰ gewertet und nach § 1 UWG dem Unterlassungsanspruch stattgegeben. Das BVerfG mußte darauf hinweisen, daß die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) diesem Unterlassungsurteil entgegensteht.⁵⁷¹

cc) Staat

Die Souveränität des Staates führt nach der Rechtsprechung und Literatur nicht zum Ausschluß der Anwendbarkeit des UWG - obwohl das UWG eine dem GWB vergleichbare, ausdrückliche Erstreckung auf „Unternehmen der öffentlichen Hand“ (§ 98 GWB) nicht kennt. Ein grammatisches Argument für die Erstreckung auf staatliche Sprache und Tun weist das UWG damit nicht auf.⁵⁷² Die wettbewerbsrechtliche Literatur und Rechtsprechung⁵⁷³ hat im Rahmen von § 1 UWG

568 ARD-Sendung "Monitor", 7.7.1994, 20.15 Uhr. Zu weiteren Beispielen der politischen Unwahrheit P.Häberle, Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat, 1995, 86 ff.

569 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., Einl. Rn 210 zur Mitgliederwerbung und zur Tätigkeit von Vereinigungen mit **kulturellen, sportlichen und sozialen Zielen**. Das BVerfG hat in seinen Beschlüssen zu den Lohnsteuerhilfevereinen vor allem das Ergebnis - die standesrechtlicher Werbeverbote als Maßstab für die guten Sitten - geändert, in dem er die Werbeverbote als verfassungswidrig qualifiziert hat. Das Handeln im geschäftlichen Verkehr wurde nicht erörtert; hätte aber nach hier vertretener Ansicht wie auch der Kommentarliteratur wie auch der Rechtsprechung (siehe die Nachweise bei Baumbach/Hefermehl, a.a.O.) bereits abgelehnt werden müssen; BVerfG Beschl.v. 9.10.1991 und 7.11.1991 NJW 1992, 549, 550.

570 Siehe zur Umgehungsratio bei der Gemeinschaftswerbung unter I 2 b bb).

571 BVerfG Beschl. v. 9.10.1991 NJW 1992, 549.

572 W.Brohm, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, 281, 287 weist daraufhin, daß die Erstreckung auf hochzeitliche, staatliche Tätigkeit in die Vorschrift hineininterpretiert werden muß.

573 Allgemein Baumbach/Hefermehl UWG; OLG Hamm Urt.v.23.9.1997 JZ 1998, 576 mit Anmerkung von M. Müller, zur "sittenwidrigen Errichtung eines Gartenbaubetriebs durch eine Gemeinde.

(„gute Sitten“) Kriterien für die Beurteilung staatlichen Handelns und staatlicher Sprache entwickelt, während das BVerwG einen Eingriff in die Trias der betätigungsfreiheitlichen Grundrechte (Art. 14, 12, 2 GG) der privaten „Konkurrenten“ prüft.⁵⁷⁴ Das Problem ist, das es „den Staat“ gibt und nicht gibt: es gibt unterschiedliche Formen staatlichen Handelns und demzufolge könnte man eine Differenzierung erwägen:

- (1) **Staat in privater Organisationsform („privater Staat“)**. Es liegt nahe, daß der Staat, soweit er sich als Privatrechtssubjekt organisiert **und** mit den Instrumenten des Privatrechts⁵⁷⁵ in Beziehungen zu seinen Kunden tritt, dem UWG unterliegt. Diese Rechtsebene ist aufgrund seiner Wahl verbindlich. Seine Wahl kann ihn nicht von den gesetzlichen Beschränkungen für Private dispensieren - „keine Flucht ins öffentliche Recht“. Der „private“ Staat muß nach hier vertretener Ansicht „lauter“ (im Sinne des Wettbewerbsrechts) sprechen; das Kriterium „im geschäftlichen Verkehr“ kann hier **vermutet** werden; der Staat selbst mag es widerlegen. Das Problem in dieser Kategorie liegt nicht in der Aufstellung der **Vermutung**, sondern in der Vielfalt der Organisationsformen der „öffentlichen Unternehmen“.⁵⁷⁶ Die Vermutung kann in Public Private Partnerships oder bei Unternehmen in Privatrechtsform, die teilweise oder völlig in Staatsbesitz sind, nicht ohne weiteres greifen, so daß der Wert dieser Vermutung in der Praxis nicht hoch bewertet werden kann und wohl sehr oft eine Einzelfallprüfung erfolgen muß.
- (2) **Hoheitlicher Staat**. Darüber hinaus besteht eine Kontroverse, ob der Staat bei öffentlich-rechtlicher „Organisation“⁵⁷⁷ **und** sogar (schlicht-) hoheitlichem Handeln⁵⁷⁸ **oder** bei öffentlich-rechtlicher Organisation und verwaltungspri-

574 BVerwG Beschl.v.21.3.1995 GewArch 1995, 329 f "Wirtschaftskonkurrentenklage". Einem Vorurteil, das eine sachlich bessere Prüfung der Fragestellungen durch die Verwaltungsgerichte behauptete, steht die in der Einführung von § 17 Abs. 2 S.1 GVG - Prüfung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten - zum Ausdruck gekommenen Überzeugung der Gleichwertigkeit der Gerichtszweige entgegen. Empirisch ist noch nicht untersucht, ob die Wettbewerbsgerichte mit ihren Kriterien im Rahmen des § 1 UWG staatliche Wirtschaftsmacht unterschiedlich beurteilen, als die aufgrund von Konkurrentengrundrechte angerufenen Verwaltungsgerichte, mit ihren vornehmlich grundrechtsorientierten Prüfungen

575 W.Brohm, NJW 1994, 281, 282 bezeichnet diese Fallgestaltungen als "erwerbswirtschaftlich-fiskalisch."

576 G.F.Schuppert, Die Privatisierungsdiskussion in der deutschen Staatslehre, Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1994, S. 241, 552 und derselbe, Sparstrategien auf der Suche nach ihrem Gegenstand, AfK 35 (1996), 226, 238. G.Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1985; A.Zimmermann, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, 1993.

577 Die in einem Unterlassen der Kreation von juristischen Personen des Privatrechts besteht; aber die Schaffung von Anstalt oder Körperschaften des öffentlichen Rechts umfaßt.

578 Der Begriff des (schlichten) Hoheitshandelns bei W.Brohm, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, 281, 284 ist sehr weit, und umfaßt jede Tätigkeit, die gesetzlich als Verwaltungsaufgabe festgelegt ist, irrespektive der Wahl der Mittel. Dagegen ist in der Handlungsformenlehre schlicht-hoheitliche Verwaltung eher ein Auffangbegriff für sonst nicht zuordnungsfähige Handlungsformen.

vatrechtlichem Handeln dem UWG unterliegt. Es wiederholen sich hier die Argumente des öffentlichen Rechts, das auf die *Position des Handelnden* abstellt gegenüber dem Zivil- und Wettbewerbsrecht, die auf die *Folgen des Handelns*⁵⁷⁹ abstellen wollen.

Aus der *öffentlich-rechtlichen Sicht* einiger Literaturmeinungen kann der idealtypisch das Gemeinwohl wahrnehmende Staat nicht an das zur Verwirklichung von Partikularinteressen geschaffene Privatrecht⁵⁸⁰ gebunden werden. Die Konsequenz, die verlangt und gezogen wird, ist die Prüfung des wettbewerbsrelevanten Handelns - und akzessorisch müßte das für die staatliche Sprache, die *conditio sine qua non* dieses Handelns ist (*akzessorische Sprache*⁵⁸¹), gelten - durch die Verwaltungsgerichte anhand des möglichen Eingriffs via staatlicher Teilnahme am Wettbewerb in die Grundrechte der privaten „Konkurrenten“.⁵⁸² Der hauptsächlich an diesen Meinung überzeugende Einwand ist, daß § 1 UWG bei der Beurteilung staatlicher, wettbewerbsrelevanter Tätigkeit die Maßstäbe fehlen „gute Sitten“) und die Gefahr besteht, daß über die Geltung des Kartellrechts (§ 98

579 E.J.Mestmäcker, Öffentlich-rechtliches und privatwirtschaftliches Handeln im Wettbewerbsrecht, NJW 1969, 1, 3, der die Lehre von der Doppelqualifikation von "hoheitlicher Wirtschaftstätigkeit - unter der *er wohl eher öffentlich-rechtliche Tätigkeit versteht* - entwickelt. Es komme nicht nur auf die Leistungsbeziehung Staat-Kunde sondern vor allem auf die Beziehung Staat-Mitbewerber an. Dort wo der Staat Alleinanbieter sei - handle er "hoheitlich" (Bsp. Anschluß oder Benutzungszwang); wenn er so die Entstehung eines Marktes verhindere, sei die Anwendung von Wettbewerbsrecht sachwidrig. Dort, wo private Anbieter neben der öffentlichen Hand auftreten, und so die Nachfrage zwischen Angeboten der öffentlichen Hand und anderen Anbietern wählen könnten, dort sei auch das UWG anwendbar. Es sei dann allenfalls eine Frage der Begründung, inwieweit der öffentlich-rechtliche Hintergrund in die materielle wettbewerbsrechtliche Prüfung eingehen könne. So auch Ch.Frh.v.Gamm, Wettbewerbsrecht, 1987, § 17 Rn. 11; zurückhaltender Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., § 1 Rn. 245, 921, die aber zu einer Argumentationslastumkehr kommen: eine nach dem UWG zu beurteilende Wettbewerbshandlung liege *nicht* vor, wenn das Leistungsangebot des öffentlichen Unternehmens nach öffentlichem Recht nicht der Ordnung durch den Wettbewerb unterworfen sei. Diese Vorzugsstellung sei aber *nur durch Gesetz* einzuräumen - dagegen zurecht W.Brohm, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, 281, 285, der dann die öffentlich-rechtliche Natur des UWG, das öffentlich-rechtliche Handlungen begrenzt - insoweit selbst als dem Gesetzesvorbehalt unterliegend, konstatiert und ein Erstreckungsklausel wie in § 98 Abs. 2 GWB fordert.

580 K.A.Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 448 ff mit einen dezierten Plädoyer für staatliche Unternehmensakte, die nicht am Lauterkeitsmaßstab des § 1 UWG, der den privaten Durchschnittsgewerbetreibenden zum Gegenstand hat, gemessen werden dürften und unter Hinweis auf den weiten exekutivischen wirtschaftspolitischen und -aktionistischen Spielraum des Staates, der einer Konkretisierungskompetenz der Rechtsprechung im Rahmen einer Generalklausel widerspräche. U.Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, 457 ff, 471 ff; W.Brohm, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, 281, 285.

581 In den Fällen, in denen der Staat selbst eine Leistung nicht anbietet und sich auf die sprachliche Kommentierung von wirtschaftlicher Tätigkeit beschränkt (nicht werbeakzessorische Sprache), ist wohl unstrittig, daß nur das öffentliche Recht einschlägig ist. Vergleiche etwa die Listen zu "Glykolweinen" oder die Veröffentlichung von Arzneimitteltransparenzlisten oder Futtermittelwarentests...

582 BVerwG Beschl.v.21.3.1995 GewArch 1995, 329 f "Wirtschaftskonkurrentenklage" schildert für Handeln in Privatrechtsform die möglichen betroffenen Grundrechte (Art. 12, 14 und 2 Abs. 1 GG).

GWB) hinaus, (konkurrenten)grundrechtlich zulässige Betätigungsformen des Staates durch eine zu enge Konkretisierung der „Sitten“ durch die Rechtsprechung untersagt werden.

Es handelt sich um eine These, die im Grundsatz einleuchtet, aber *aus wettbewerbsrechtlicher Sicht* angesichts der Ausweitung der Belange, die im Wettbewerbsrecht insbesondere bei § 1 UWG in immer mehr Rechtsprechungsbeispielen erfolgen, an Überzeugungskraft verliert. Das UWG entfernt sich immer weiter von seinem historischen Ausgangspunkt, nämlich seiner Bestimmung als Sonderdeliktsrecht (in gesetzgeberischer Fortentwicklung von § 823 ff BGB) für den Wettbewerb und schützt heute den Wettbewerb *auch als „Institution“*⁵⁸³. Theoretisch kann die „Institution“ Wettbewerb auch einer hoheitlichen Tätigkeit des Staates und akzessorischer Sprache (Werbung) entgegenstehen. So hat sich auch das Gemeinschaftsrecht im Lichte des Wettbewerbsideals des Binnenmarkts für eine inhaltliche Beschränkung des Staates bei der Wahrnehmung von Aufgaben im besonderen öffentlichen Interesse entschlossen (Art. 90 Abs. 2 EGV). § 1 UWG mutiert bei diesen Fragestellungen zu „öffentlichem Recht“⁵⁸⁴:

Ein Beispiel ist eine BGH-Entscheidung zur Merchandisingabsicht des ZDF⁵⁸⁵, das als öffentlich-rechtliche Anstalt und Bestandteil der öffentlich-rechtlich organisierten Grundversorgung in einem dualen System den Namen einer Fernsehsendung - „Guldenburg“ - vermarkten wollte und von einem Privaten die Unterlassung der Benutzung der Marke verlangte. § 3 ZDF-Staatsvertrag erlaubte die *„wirtschaftliche Verwertung von Fernsehproduktionen und der damit zusammenhängenden Rechte mit Dritten“* und - im Gegensatz zur wettbewerbsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung - ist das der Grund, warum überhaupt das Kriterium „im geschäftlichen Verkehr“ vorliegen könnte. Der Maßstab, der, wenn das UWG anwendbar ist, angelegt werden kann, sollte nach hier vertretener Ansicht ein allgemein wettbewerbsrechtlicher sein. Wenn die anderen Teilnehmer am Rundfunkmarketingmarkt Merchandising betreiben dürften, dann dürfte - bei Bestand einer auslegungsfähigen öffentlich-rechtlichen Erlaubnis (§ 3 ZDF-Staatsvertrag) und in Abwesenheit eines expliziten öffentlich-rechtlichen Verbots - dem ZDF dieses Merchandising wettbewerbsrechtlich unter Rekurs auf einen Neutralitätsgrundsatz, der nur für öffentlich-rechtlichen Rundfunk gelte, nicht versagt werden.⁵⁸⁶ Dieser Rekurs auf das öffentliche Recht überzeugt nicht. Im Fall Guldenburg hätte das Gericht den Unterlassungsanspruch des ZDF bejahen müssen, weil das öffentliche Recht eindeutige und das Wettbewerbsrecht keine entgegenstehenden, für *private und öffentlich-rechtliche Anbieter einheitlich geltenden Kriterien* enthält.

583 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl, Einl. UWG Rn. 52; W.F.Lindacher, § 3 Rn. 6, 8, in: Großkommentar, 1992.

584 So U.Schließky, Der Rechtsweg bei wettbewerbsrelevantem Staatshandeln. DÖV 1994, 114, 116.

585 BGH Urt.v.19.11.1992 "Guldenburg" GRUR 1993 692, 694 f.

586 W.Brohm, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, 281, 286.

Eine Folge ist, daß die Grenzen zwischen der Prüfung der Anwendbarkeit des UWG unter Berufung auf das Kriterium „im geschäftlichen Verkehr“ und der materiellen Prüfung des Verstoßes gegen die „guten Sitten“ in dieser Fallgruppe noch schwerer auszumachen sind als bei anderen Fallgestaltungen. Eine Vermutung gegen die Anwendung des UWG sollte nach hier vertretener Ansicht jedenfalls bei hoheitlichem Handeln aufrechterhalten werden.⁵⁸⁷

Insgesamt ist festzuhalten, daß die Handhabbarkeit des Kriteriums „im geschäftlichen Verkehr“ im Kontext staatlicher Unternehmenspolitik gering ist. Damit wird auch deutlich, daß bei staatlichem Handeln die Handlungsform für die Frage des „Handelns im geschäftlichen Verkehr“ allenfalls Kategorisierungschancen birgt, nicht aber der entscheidende Prüfungspunkt ist. Es ist vorherseh- und -sagbar, daß die Wettbewerbsgerichte sich die Prüfungskompetenz nicht nehmen lassen werden und insoweit grundsätzlich dazu tendieren, ein Handeln im geschäftlichen Verkehr anzunehmen und die Motivationen und Ziele staatlicher Teilnahme am Wettbewerb im Rahmen der subjektiven Komponente zu bewerten.

5. „Zu Zwecken des Wettbewerbs“

Kumulativ zu dem Tatbestandsmerkmal „im geschäftlichen Verkehr“ muß ein „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbes“ vorliegen. Vorausgesetzt wird **zunächst objektiv** ein Verhalten, das

„äußerlich geeignet ist, den Absatz oder Bezug einer Person zum Nachteil einer anderen Person zu fördern.“⁵⁸⁸

Die Kommentarliteratur erklärt nicht, inwieweit sich dieses Erfordernis von dem Tatbestandsmerkmal „im geschäftlichen Verkehr“ unterscheidet. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt deshalb auf der **subjektiven Komponente (Wettbewerbsabsicht)**, nämlich der

„**Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil einen anderen Mitbewerbers zu fördern**“.⁵⁸⁹

587 W.Brohm, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, 281, 286 will im Sinne einer Kompetenzkerntheorie der Staat nur im jeweiligen Kompetenzkern der **alleinigen Prüfung** nach dem öffentlichen Recht unterstellen. Die Folgen dieser Kernbereichstheorie - die wie alle Kernbereichsansätze der Differenzierungskritik unterliegen mag - führt im übrigen zu einer Vermutung für ein Handeln im "geschäftlichen Verkehr", das der Staat widerlegen mag.

588 BGH, Urt.v.17.7.1983, "Geldmafiosi", GRUR 1983, 379,f;A.Baumbach/W.Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. Rn. 215

589 verneint von BGH, Urt.v.17.7.1983, "Geldmafiosi", GRUR 1983, 379,f für einen Verband, der satzungsmäßig Verbraucheraufklärung betreibt, und das Kreditvermittlergewerbe als Geldmafiosi betitelt hatte. "Das Bewußtsein fremden Wettbewerb zu fördern, kann regelmäßig als Beweiszeichen für ein Handeln in Wettbewerbsabsicht gewertet werden, steht aber einer Verneinung dieser Absicht nicht notwendigerweise entgegen".... Das spricht gegen die Annahme, daß die Beklagte vorliegend aus anderen Gründen als Verbraucheraufklärung tätig geworden ist.

Grundsätzlich kann diese Absicht als *widerlegbare Vermutung* aus dem objektiv zur Wettbewerbsförderung geeigneten Verhalten hergeleitet werden („*im geschäftlichen Verkehr*“).⁵⁹⁰ Insoweit erfolgt die Sprache *des geschäftlichen Verkehrs* grundsätzlich in *Wettbewerbsabsicht*. So *indiziert die Wirkung* von Sprache und nicht *das Grundrecht des Kommunikators* die Eröffnung des Anwendungsbereichs des UWG. Unter dem Einfluß der Grundrechte, insbesondere von Art. 5 Abs.1 S.2 und Art. 4 GG ist die Vermutung widerlegbar (siehe dazu unter 5). So trägt die Rechtsprechung der privilegierten *grundrechtlichen Position der medialen Kommunikators (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)* gegenüber dem Schutz auf wirtschaftliche Betätigung der Mitbewerber (Art. 12 und Art. 14 GG) in anderen Märkten, deren Marktchancen durch kommerzielle Sprache gemindert werden könnten, Rechnung. Bisher beruht dieses Privileg fast ausschließlich (Ausnahme: etwa Fall I „Ölverschmutzte Ente“, IIa „HIV-Positiv“) auf den medialen Freiheiten des Art. 5 Abs.1 S.2 GG: Mediale Sprache, die im Programm geäußert wird, erfolgt nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht in Wettbewerbsabsicht (Dazu siehe unter 5 b bb). Es handelt sich aus der Sicht des UWG nicht um „kommerzielle Sprache“. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 1.Alt GG geschützte Werbung nicht - wie die Presse oder der Rundfunk - verlangen kann, daß die Vermutungskette von

„Wirtschaftssubjekt handelt im geschäftlichen Verkehr handelt zu Zwecken des Wettbewerbs“

für *die Sprache aufgehoben werden muß*. Zur Beantwortung dieser Frage wird zunächst eine Übersicht über das Ausmaß der wettbewerbsrechtlichen Privilegierung von Kommunikationen im Rahmen von § 1 UWG bei dieser Vermutungskette gegeben.⁵⁹¹ *Das Privileg besteht darin, daß die „nicht-kommerzielle Sprache“ im Sinne des UWG grundsätzlich nicht wegen ihrer Unsachlichkeit, Unlauterkeit oder ihres Irreführungspotentials untersagt werden kann.*⁵⁹²

a) UWG-Medienwettbewerbsrecht

aa) Programm

Bei der *Verfolgung des programmatischen Anspruchs* fehlt es an der Wettbewerbsabsicht - das Programm ist Selbstzweck und die durch das Programm ver-

590 V.Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1998, S. 25 will auf die Wettbewerbsabsicht bei Gewerbetreibenden (in der hier zugrundegelegten Terminologie "Wirtschaftssubjekte") verzichten.

591 bei denen es aber auch teilweise unvermeidbar ist, nach der Bejahung des Vorliegens einer Wettbewerbshandlung zugleich die Entscheidung über die Sittenwidrigkeit bestimmter Kooperations- und Informationsmechanismen zu fällen. Einen praxisnahen Überblick bieten R. Damm/W. Kuner, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in Presse und Rundfunk, 1991, Rn. 171 ff;

592 Soweit nicht durch die Werbung ein betriebsbezogener Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eines Unternehmens erfolgt (§ 823 BGB).

folgten wirtschaftlichen Interessen des Mediums bleiben als vernachlässigbares Motiv außer Betracht. Insoweit gäbe es in einer idealen Welt kein UWG- Medienwettbewerbsrecht⁵⁹³, weil Wettbewerbshandlungen nicht vorlägen.

bb) Programm mit werbender Wirkung

Eine Wettbewerbsabsicht liegt vor, wenn das Programm *Bestandteile* (zum Beispiel getarnte Werbung (siehe unter II, V 7) und *Wirkungen* hat, die *seinen Charakter als Programm* verändern. In diesen Fällen indiziert die werbliche Wirkung die Absicht des medialen Kommunikators - so daß insoweit die Wettbewerbsabsicht bejaht wird. In einer sehr groben Betrachtung kommt es auf die Relation von werbender Wirkung im Programm zum Informationswert des Programms an. Desto höher der Informationswert eines Beitrags ist, desto weniger kann auf eine Wettbewerbsabsicht geschlossen werden.⁵⁹⁴

cc) Aussagen der Medien übereinander

Bei *Aussagen der Medien übereinander - oft Pressefehden* - muß wegen der Mediengarantien in Art. 5 Abs.1 S.2 GG im Einzelfall überprüft werden, ob die Wettbewerbsabsicht nicht vernachlässigbares oder zweitrangiges Motiv ist⁵⁹⁵. Der Medienmarkt unterscheidet sich damit grundsätzlich von anderen Märkten, in denen die Wettbewerbsabsicht vermutet wird. In der BGH-Rechtsprechung wird die Prüfung des vorrangigen Äußerungsmotivs anhand meinungsqualitativer Kriterien durchgeführt.

So sei die Äußerung eines Börsenjournalists über ein anderes als „*unseriös*“ - ohne weitere sachliche Konkretisierung - deshalb in Wettbewerbsabsicht erfolgt, weil es sich weder „um eine Pressefehde weltanschaulicher, politischer, wirtschaftlicher oder kultureller Art“ handle noch um eine Aussage, die für eine sachbezogene Information und Aufklärung typisch ist; vielmehr gehe es um die Darstellung der eigenen Vorzugswürdigkeit⁵⁹⁶.

In diesen Ausführungen deutet sich bereits an, daß Medien im Vergleich zu sonstigen Wirtschaftssubjekten, für die nach der BGH-Rechtsprechung vergleichende Werbung und auch Aussagen, die den Mitbewerber *herabsetzen*,⁵⁹⁷ grundsätzlich

593 Im Gegensatz zum Medienkartellrecht.

594 OLG Hamm Urt.v.26.4.1990 AfP 1992, 256 zur redaktionellen Werbung durch Bericht über Eröffnung eines Maklerbüros, die so, wie sie als redaktionelle Nachricht abgedruckt wurde, auch als Werbung hätte geschaltet werden können (im Ergebnis Handeln ohne Wettbewerbsabsicht und zulässig) und OLG Köln Urt.v.3.6.1992 WRP 1992, 673 f für eine redaktionelle Werbung in einer Artikelserie über erfolgreiche Unternehmen (im Ergebnis Handeln in Wettbewerbsabsicht und deshalb unzulässig); so auch OLG Hamm Urt.v.14.5.1991 "Eurocard" GRUR 1991, 856.

595 Vergleiche BGH Urt.v.21.6.1966 "Höllengefährdung", GRUR 1966, 693; für eine Verbraucheraufklärung BGH Urt.v.17.2.1982 "Geldmafiosi" GRUR 1983, 379 f.

596 Skeptisch H.Kohl, Wettbewerbsrechtliche Schranken für Presseberichterstattung und Pressekritik, AfP 1984, 201, 205, der wenn die Vermutung gegen die Wettbewerbsabsicht im Einzelfall als nicht tragend erachtet wird, eine positive Begründung verlangt.

597 Eine Form der vergleichenden Werbung ist die Kritik an Produkt oder Unternehmen des Mitbewerbers.

untersagt waren, privilegiert wurden.⁵⁹⁸ Unter Anwendung der Richtlinie über die vergleichende Werbung ist vorstellbar, daß die Medien bei Aussagen übereinander beim Sachlichkeitsgebot im Vergleich zu anderen Märkten privilegiert werden.

b) *Mediales Marketingrecht*

Das hier als mediales Marketingrecht bezeichnete Gebiet hat zwei Elemente: zum einen die Verantwortung von Medien für die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Kommunikation, **die sie verbreiten (Fremdwerbung)**, und zum anderen die Verantwortung von Wirtschaftssubjekten für ihre Kommunikation mit den Medien (strategische Herbeiführung von Fremddarstellungs- und Fremdwerbungsszenarien).

aa) Verbreitung von Werbung („Fremdwerbung“)

Die Medien, hier etwa die Presse, handeln bei der Verbreitung von Anzeigen - anders als beim Programm - nach der Rechtsprechung grundsätzlich mit Wettbewerbsabsicht (§ 1 UWG). In diesem Szenario tritt die programmatische Absicht zurück und die Wettbewerbsförderungsabsicht wird zum primären Motiv. Diese Auflösung des Motivbündels soll auch für Unternehmenswerbung gelten. Anlaß einer BGH-Entscheidung war wiederum eine sittenwidrige Werbung, die ein **Photo** mit „schwer arbeitenden Kleinkindern der Dritten Welt beim Hausbau“ unter Hinweis auf „United Colors of Benetton“ zu zeigen wagte:

„Auch soweit der Werbende die Aufmerksamkeit auf sein Unternehmen mit realitätsbezogenen Photos lenkt, wie sie auch im redaktionellen Teil der Zeitschrift erscheinen können, gibt dies - jedenfalls soweit das Photo nur als solches und **nicht in einem Kontext erscheint, der zu einem Meinungsbildungsprozeß anregen könnte** - keinen Anlaß, die Wettbewerbsförderungsabsicht des **Herausgebers des Werbeträgers** als vernachlässigungswert anzusehen.“⁵⁹⁹

Die rechtliche Konzeption des BGH läßt sich wie folgt zusammenfassen:

- (1) Der **Werbende** - Benetton - kann für diese Werbung den Schutz von Art. 5 Abs. 1 S.1 1.Alt.GG beanspruchen.
- (2) Der **mediale Werbeträger - die Presse** - ist grundsätzlich nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt. Der mediale Werbeträger erhält für die Verbreitung **dieser fremden „Meinung“** aber nicht das gleiche Privileg (Ablehnung der Wettbewerbsabsicht) wie für die Verbreitung **eigener Meinungen im Rahmen des Programms** (wo seine Wettbewerbsabsicht grundsätzlich zurücktritt). Der mediale Werbeträger handelt also bei der Fremdwerbung - ohne daß es auf den Inhalt ankäme - immer mit Wettbewerbsabsicht. Das Wettbewerbsgericht muß deshalb nach dieser BGH-Entscheidung prüfen, ob

598 BGH, Urt.v.30.10.1981, "Großbanken-Restquoten"NJW 1982, S.673, f.

599 BGH, Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2490 f.

- die Werbung „grob rechtswidrig“ ist
- und der Wettbewerbsverstoß den Verantwortlichen des medialen Werbeträgers (der Presse) deshalb auch ohne eine eingehende wettbewerbsrechtliche Prüfung erkennbar ist.⁶⁰⁰ Für die Benetton-Hausbauwerbung existierte kein höchstrichterlicher Präzedenzfall und auch die rechtswissenschaftliche Literatur war vielstimmig, weshalb der BGH *die Erkennbarkeit der groben Rechtswidrigkeit* verneinte.

(3) Im Ergebnis hat der BGH den auf § 1 UWG gestützten Unterlassungsanspruch dennoch aus wettbewerbsrechtstypischen Gründen bejaht, weil das Presseunternehmen generell an der Zulässigkeit der Anzeige festgehalten hatte - *typisch für einen Grundrechtsträger, der seine Meinungs- und Pressefreiheit wahrnimmt* - und seine Position nicht durch Abgabe einer Aufgäbeerklärung auf die Rechtsverteidigung im konkreten Prozeß beschränkt hatte (*Erstbegehungsgefahr*).⁶⁰¹

Durch diese BGH-Rechtsprechung kann eine Werbung nicht im bereits mit Abmahnung oder Klage angegriffenen, medialen Werbeträger wiederholt werden; auch wenn das Medium seiner Meinung nach der Prüfungspflicht nachgekommen ist. Es hat sich hier eine mediale Verantwortung in der BGH-Rechtsprechung entwickelt, die die Gefahr in sich birgt, *daß kommerzielle Sprache - hier die Werbung - von medialer Vorzensur erfaßt wird - weil die Verbreitungswege für meinungsfreiheitliche Sprache verkürzt werden*.⁶⁰²

bb) Programmatische Beiträge der Medien mit wettbewerbsbeeinflussendem Potential

„Werbung“ *im* Programm ist wegen des Gebots der Trennung von Werbung und Programm grundsätzlich unzulässig (dazu siehe unter V 7). Die werblichen Wirkungen, die von der Berichterstattung ausgehen, können „positiv“ und „negativ“ sein (dazu bereits unter 3. Kapitel I 2 c dd)

600 BGH, Urt.v.6.7.1995 "Benetton-HIV" und BGH, Urt.v.6.7.1995 "Kinderarbeit" NJW 1995, 2490 f.; wesentlich großzügiger BGH Urt.v. 10.2.1994, "Schlankheitswerbung", GRUR 1994, 454, wo allerdings die Irreführungsfahr im Mittelpunkt stand. Eine weitgehendere Prüfungspflicht für Werbeanzeigen auf dem Gebiet der Gesundheitswerbung lehnt der BGH ab; ebenso eine besondere Prüfungspflicht, wenn der Anzeigenkunde den Sitz im Ausland hat, BGH Urt.v.19.3.1992 "Ausländischer Inserent" AfP 1992, 249, 251, weil die Pressearbeit durch umfangreiche Prüfungspflichten nicht unzumutbar erschwert werden dürfe. Zur Schadensersatzverpflichtung bei der Verbreitung von irreführender Werbung (§ 3 UWG) vergleiche das Privileg in § 13 Abs.6 Nr.2 UWG. das nach dem BGH nicht analog auf Wettbewerbsverstöße nach § 1 UWG übertragen werden darf (BGH Urt.v.26.4.1990, GRUR 1990, 1012 und die Besprechung von H.Köhler, Pressehaftung für wettbewerbswidrige Anzeigen - BGH NJW-RR 1990, 1184, JuS 1991, 719, 722.

601 BGH, Urt.v.6.7.1995 Kinderarbeit NJW 1995, 2490, 2492 bejaht die Erstbegehungsgefahr - also die Gefahr weiterer Zuwiderhandlungen; allgemein zur Erstbegehungsgefahr, die immer dann relevant wird, wenn die Wettbewerbswidrigkeit der Werbung bejaht, ein Verstoß gegen die Prüfungspflicht aber verneint wird BGH Urt.v. 7.5.1992, "Pressehaftung II" NJW 1992, 2765 f und Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. Rn. 306.

602 Genauso kritisch W.Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für die Werbung, ZUM 1996, 1, 14 ff, der eine Verfassungsbeschwerde vorbereitete.

(1) **“Positive Werbung“**. Grundsätzlich fehlt den Medien bei Erstellung und Verbreitung ihrer Programme die Wettbewerbsabsicht; nur dann, wenn die Werbung im Programm über das - nach Ansicht der Wettbewerbsgerichte - angemessene Maß hinausgeht, wird die Absicht der Medien, fremden Wettbewerb zu fördern, vermutet. Grundsätzlich bestimmen die „Form, der Inhalt und das Informationsinteresse“⁶⁰³ und der Begleitumstand, ob Gegenleistungen, Insertionsaufträge erteilt oder in Aussicht gestellt wurden in einer **Einzel-fallbetrachtung** darüber, ob es sich um eine unzulässige „Werbung im Programm“ („redaktionelle Werbung“; „getarnte Werbung“) handelt und deshalb die Medien in Wettbewerbsabsicht handeln.⁶⁰⁴ Die Bewertung der werbenden Wirkung von Sprache indiziert also das Vorliegen der Wettbewerbsabsicht. Von der Problematik des Sachlichkeits- und Neutralitätsgebots, dem die Medien⁶⁰⁵ nach dieser Rechtsprechung bei der Erstellung ihrer Programme grundsätzlich unterliegen, ist die Verknüpfung medialer Marketinginteressen (kontrahierungspolitische Zugaben, wie Preisrätsel)⁶⁰⁶ mit denen der Fremddarstellung und Fremdwerbung zu unterscheiden. Die Werbung der Medien mit Preisauslobungen hat Eigenwerbungscharakter; der Preis selbst erfüllt die Funktion einer kontrahierungspolitischen Zugabe; und die Anpreisung des als Preis für ein „Preisrätsel“ ausgesetzten Produktes vereint - einzel-fallabhängig - Fremdwerbungs- und Fremddarstellungsszenarien. Die Rechtsprechung ist hier grundsätzlich großzügig, soweit klar erkennbar ist, daß es sich um Werbung handelt oder daß der Hersteller des Produkts dieses unentgeltlich zur Verfügung gestellt hat.⁶⁰⁷ Nicht nur die positive Werbung, sondern auch die negative Werbung unterwirft die Rechtsprechung der „Inhalts-Absichts-Ratio“:

(2) **“Negative Werbung“**. Ein Beispiel sind **negative Gastrokritiken** über Restaurants. Der Schwerpunkt der wettbewerbsrechtlichen Prüfung liegt hier bei der Wettbewerbsabsicht der Medien und die Prüfungskette könnte wie folgt aufgereiht werden: Grundsätzlich wird ein Handeln zu „Zwecken des Wettbewerbs“ vermutet, wenn ein „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ vorliegt. Letzteres ist zu bejahen, weil negative Kritiken geeignet sind den Absatz von

603 BGH Urt.v.12.10.1989 GRUR 1990, 373 "Schönheitschirurgie" zu der Berichterstattung über eine Arzt, der seinem standesrechtlichen Werbeverbot unterliegt; OLG Hamburg 1.6.1995 ZUM 1995, 416 "Redaktionelle Werbung"; OLG Köln Urt.v.19.1.1996 WRP 1996, 459 zur werbenden Wirkung eines Programms über den Erfolg eines Privatradios; BGH Urt.v.14.3.1996 GRUR 1996, 791 "Editorial II" zur Pflicht, ein Editorial, das nicht von dem Werbenden stammt, als "Anzeige" zu kennzeichnen.

604 BGH GRUR 1993, 561 "Produktinformation I" GRUR 1994, 819 "Produktinformation II"-; GRUR 1993, 565 "Faltenglätter"; GRUR 1994, 441 "Kosmetikstudio"; GRUR 1994, 445 "Beipackzettel".

605 Siehe zu den Dauerwerbesendungen und Quizsendungen vornehmlich im Privatrundfunk.

606 Dazu siehe 6.Kapitel II 2.

607 BGH Urt.v.11.7.1996 GRUR 1997, 145 "Preisrätselgewinnauslobung IV" und BGH Urt.v.11.7.1996 GRUR 1996, 804 "Preisrätselgewinnauslobung III."

nichtkritisierten Unternehmen zum Nachteil des kritisierten Unternehmens zu fördern. Diese Indizierung der subjektiven Komponente des Handelns zu „Zwecken des Wettbewerbs“ ist aber entkräftet, wenn es sich um ein in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschütztes Medium handelt. Diese Entkräftung ist aber dann widerlegt, wenn die *Sprache nicht Mittel und Zweck* für sich ist, sondern *Mittel zum Zweck der Förderung fremden privaten Wettbewerbs* - also eines darüber hinausgehenden Zwecks.⁶⁰⁸ Die Indizien für die Verfolgung eines über das mediale Äußerungs- und Absatzinteresse hinausgehenden Zwecks sind *Form, Inhalt und Bedeutung des Beitrags*.

So vermag ein Bericht, der unzutreffende Tatsachen enthält, die Wettbewerbsabsicht nahelegen, wie auch die gewählte Form einer Schmähkritik. Auch scharfe und schonungslose Kritik ist aber dann nicht ausgeschlossen, wenn der Inhalt der Äußerung (in den nachprüfbar Kernbeständen) zutreffend ist.⁶⁰⁹ Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nimmt bei neutralen Warentests an, daß sie nicht mit Wettbewerbsabsicht erfolgen - deshalb ist die Beurteilung von Warentest dem bürgerlichen Recht und dort § 823 BGB überantwortet.⁶¹⁰

cc) Aussagen von Wettbewerbern in den Medien (Selbstdarstellung)

Nach identischen Kriterien wie die Äußerungen von Medien übereinander - Form, Inhalt, Informationsinteresse (siehe oben unter 5 a cc) - wird die Sprache von Mitbewerbern *in den Medien, (bei der sie Kommunikator sind)*, beurteilt, wenn sie für das Programm bestimmt sind. Die Rechtsprechung schließt aus einem besonderen Anliegen, die Öffentlichkeit von

„Vorgängen allgemeiner Bedeutung zu unterrichten und zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen“

auf das *Fehlen der Wettbewerbsabsicht der Kommunikatoren (Mitbewerber)*.⁶¹¹ Nach einzelnen Judikaten sollen selbst abfällige Bemerkungen („Legende“, „eigentlich ein bißchen geleimt worden“) über das Verhalten von Wettbewerbern

608 BGH Urt.v.12.6.1997 GRUR 1998, 167 "Restaurantführer"; siehe dazu unter BGH Urt.v.20.3.1986 "Gastrokritik" GRUR 1986, 812 f. Hier handelte es sich um einen Journalisten, der selbst auch im Weinhandel - bei dem kritisierten Lokal handelte es sich um ein Weinlokal - tätig war. Das eigene mediale Absatzinteresse ist hier nicht entscheidend.

609 BGH Urt.v.20.3.1986 "Gastrokritik" GRUR 1986, 812, 814. Vergleiche auch zu den prozeduralen Anforderungen, die an eine Kritik von Medien gestellt werden. So hat das OLG München Urt.v.9.7.1993 "Pygmäen-Lokal" NJW 1994, 1964 anlässlich einer auf § 823, 1004 BGB (betriebsbezogener Eingriff in eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) gestützten Unterlassungsklage verlangt, daß eine abwertende Kritik mehr als den einmaligen Besuch des Lokals verlangt.

610 H.Kohl, Wettbewerbsrechtliche Schranken für Presseberichterstattung und Pressekritik, AfP 1984, 201, 207. T.H.Boecken, Die Haftung der Stiftung Warentest für Schäden der Verbraucher aufgrund irreführender Testinformationen, 1998, S. 84 ff.

611 OLG Hamburg, Urt.v.19.1.1989, "Versicherungsmakler, AfP 1989, 678, f; wobei das Gericht in der Urteilsbegründung selbst noch einmal feststellt, daß die Äußerungen auch als Wettbewerbshandlungen - Aufklärungsvergleich - zulässig wären. Der Anlaß wäre wohl die Werbung der Klägerin als branchenunabhängig und -neutral, obwohl sie 50 % Tochter einer Versicherung ist.

nicht in Wettbewerbsabsicht erfolgen. Soweit allerdings der Produktbezug unmittelbar gegeben ist, wird eine Wettbewerbshandlung angenommen.⁶¹²

dd) Verantwortung von Wirtschaftssubjekten bei der Information der Medien (Förderung der Fremddarstellung)

Inhaltlich können

- Aussagen über das eigene Produkt/Unternehmen⁶¹³ wie auch

- Aussagen über Produkt/Unternehmen eines Mitbewerbers

unterschieden werden. Bisher wird für diese Fallgruppe - im Unterschied zu einigen der vorhergenannten Fallgruppen - bei Informationen von Wettbewerbern **immer die Wettbewerbsabsicht** bejaht. Im Rahmen der materiellen Prüfung von § 1 UWG werden dann in beiden Fällen sehr hohe Ansprüche an die Form (sachlich) und den Inhalt (zutreffend) der Information gestellt, wobei Begleitumstände (wie die Frage wie es zum Kontakt von Medien und befragten Wettbewerber kam) keine ausschlaggebende Bedeutung haben⁶¹⁴. Der Grund für diese rigide Rechtsprechung ist die Umgehungsratio, nämlich die Verhinderung von Wettbewerbshandlungen, die unter dem

„Deckmantel einer angeblich objektiven, von neutraler Seite veranlaßten Presseveröffentlichung in Wahrheit Eigenwerbung betreiben oder einen Mitbewerber durch Angaben“⁶¹⁵

beeinträchtigen. Wie groß die Verantwortung von Unternehmen bei der Selbstdarstellung auch für die Sprache der Medien - die Fremddarstellung - gehen soll, verdeutlicht eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin.

Die Weitergabe von Public Relations Material, das beispielhaft als Artikel formuliert war, und durch ein Großunternehmen erfolgte, soll deshalb wettbewerbswidrig sein, weil das die Information als redaktionellen Teil abdruckende Kundenblatt sich Anzeigenaufträge erhoffen konnte und deshalb durch artikelförmiges Public Relations Material „veranlaßt“ wurde unter Verstoß gegen den Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm mit werbender Wirkung zu berichten.⁶¹⁶

612 BGH Urt.v.23.1.1997 GRUR 1997, 541 "Produkt-Interview".

613 KG Berlin, Urt.v.4.5.1979, "Gemmologin", WRP 1979, 651,f. So haftet eine Kommanditistin eines Juweliergeschäfts wenn über sie als einzige "Gemmologin (G)" in Berlin berichtet wird, obwohl es sich bei der Bezeichnung "Gemmologin" nicht um eine akademische Berufsbezeichnung handelt, sie nicht die einzige Sachkundige in Berlin ist und sie eindeutige Vorberichterstattungen kannte.

614 OLG Frankfurt Urt.v. 12.8.1982 "Printkompass" GRUR 1982, 739; KG Berlin, Urt.v.4.5.1979, "Gemmologin", WRP 1979, 651,f. Das Kammergericht hat nicht verlangt, daß die beanstandeten, irreführenden Formulierungen von der "G." stammen, sondern hat nach der Lebenserfahrung auf die Urheberschaft der G. geschlossen. Etwas anderes gilt bei der Versendung druckfertiger redaktioneller Artikel, die die Vorzüge des eigenen Produkts erwähnen, an Zeitungen, an die auch Insertionsaufträge erteilt werden BGH Urt.v. 10.7.1981 "Kaffee", NJW 1981, 2573. Hier ist aber die Beeinträchtigung der Neutralität des Mediums sehr offenbar.

615 BGH Urt.v.10.1.1968 "Pelzversand" GRUR 1968, 645 f.

616 KG Berlin Beschl.v. 27.1.1989 WRP 1990, 333, 335 f und R.Jahn/B.Pirrwitz, Die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit eines Unternehmens für Presseveröffentlichungen, insbesondere redaktionelle Werbung, WRP 1990, 302, 306, die in einer Auslegung des Be-

Allein die Gefahr der Beeinflussung - ohne daß bereits eine (ständige) Beziehung durch die Erteilung von Anzeigenaufträgen besteht - reichte nach dieser Entscheidung aus. Der BGH⁶¹⁷ hat in späteren Entscheidungen anders geurteilt; die Entscheidung des Kammergerichts verdeutlicht aber die wettbewerbsrechtliche Skepsis gegenüber der Unabhängigkeit der Presse wie der Umgehungs kreativität der Werbenden.

Weil es sich um Fremd- und nicht um Eigendarstellung handelt, deshalb durften Informationen an die Medien auch über den Mitbewerber und seine Produkte erfolgen - allerdings nur unter dem Vorbehalt eines Informationsinteresses der Öffentlichkeit. Der Hintergrund der Zulässigkeit solcher Informationen ist die Funktionsfähigkeit der Medien, die ohne Insiderkenntnisse über wirtschaftliche Sachverhalte nur sehr erschwert berichten könnten.

Wie hoch die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an den Schutz vor Irreführung sind, zeigt eine Entscheidung des OLG Frankfurt, die die Weitergabe der Information über eine einstweiligen Verfügung - die ohne Anhörung des Wettbewerbers erging - als sittenwidrig erachtet, weil in der Veröffentlichung auch für den branchenkundigen Leser nicht offensichtlich war, daß die einstweilige Verfügung ausschließlich auf den Angaben des Informanten beruht. Das OLG Frankfurt mutete es in diesem Fall dem Kläger (und Informanten der Medien) zu, mit der Information über die erhaltene - und noch nicht erstrittene - einstweilige Verfügung bis zur Bestätigung im weiteren Verfahren abzuwarten.⁶¹⁸

c) *Karitativ- und umweltschutzmotivierte Werbung für Spenden*

aa) Wettbewerbsabsicht bei Spendenaufrufen von Idealsubjekten: „religiöse“ Sprache

In einer grundrechtlich motivierten Betrachtungsweise würde man erwarten, daß die Gerichte die Wettbewerbsabsicht bei vorrangig karitativ motivierter Werbung verneinen.

Das ist in der Praxis nicht der Fall, wie die Kanzelwerbung der katholischen Landjugend für Altkleider- und Altpapierspenden zeigt. Hier war das *Motiv* vorrangig karitativ und nach Auffassung des BVerfG im Rahmen von Art. 4 GG geschützt. Es hätte deshalb bereits an einer Wettbewerbshandlung fehlen müssen;⁶¹⁹ der BGH hat sie unproblematisch unterstellt.

schlusses zutreffend nicht nur die Inanspruchnahme des Unternehmens als Störer sondern auch deren eigenes wettbewerbswidriges Handeln nach § 1 UWG bejahen.

617 BGH Urt.v.18.10.1995 WRP 1996, 98 "Produktinformation III" zur Frage der Zusendung von Public Relations Material; BGH Urt.v.19.9.1996 GRUR 1997, 139 "Orangenhaut"; BGH Urt.v.23.1.1997 GRUR 1997, 681, "Produktwerbung" zum Anscheinsbeweis (§ 286 ZPO) bei unzulässiger Mitwirkung des Herstellers an einer Werbung im Programm ("redaktionelle Werbung").

618 OLG Frankfurt Urt.v. 12.8.1982 "Printkompass" GRUR 1982, 739, 741.

619 BVerfG Beschl.v.16.10.1986 NJW 1969, 31 "Lumpensammler" (Fallbezeichnung übernommen von Baumbach/Hefermehl) sah sich an die einfachgesetzliche Bejahung einer Wettbewerbshandlung gebunden, obwohl die subjektive Komponente nicht erfüllt war. Ähnlich Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl, Einl.93; siehe auch BGH, Urt.v.16.12.1982 NJW 1983, 1737, f "Spendenbitte", für den Aufruf des Präsidenten eines Fußballclubs und

Dort wo im Verhältnis zu Meinungs⁶²⁰- und wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit einem Grundrechtsträger weitere und spezielle Grundrechte zustehen, ist nach hier vertretener Ansicht die Indizierung der Wettbewerbsabsicht durch das objektive Kriterium „*im geschäftlichen Verkehr*“ abzulehnen. Das Gericht darf dann nicht mehr von einer Vermutung für das Vorliegen der Wettbewerbsabsicht ausgehen, sondern muß sie im Einzelfall begründen.

bb) Wettbewerbsabsicht bei „Spendenaufrufen“ von „nicht-kommerziellen Vereinigungen“

Diese in den Grundrechten verankerte Argumentationslastregel versagt aber in den Fällen, in denen vom Grundrechtsträger ein solcher spezifischer Grundrechtsbezug nicht geltend gemacht werden kann.

Etwa bei der Werbung für Grußpostkarten durch UNICEF als gemeinnütziger Organisation, die sich mit der Herausforderung der Unzulässigkeit unsachlicher, weil gefühlsbetonter Werbung konfrontiert sah.⁶²¹

Auf eine Art. 4 GG vergleichbare Privilegierung kann sich UNICEF nicht berufen. Auch die Berufung auf Art. 9 Abs.1 GG, die Betätigungsfreiheit des Vereins, ist für UNICEF nicht erfolgreich, weil Art. 9 GG auch die Betätigungsfreiheit von wirtschaftlichen Vereinen umfaßt und damit eine spezielle Behandlung im Vergleich zu „kommerziellen Vereinigungen“ nicht vorliegt.⁶²² Der BGH hat das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung *dahinstehen lassen, im Ergebnis* aber wegen der karitativen Organisation und des karitativen Ziels einen Verstoß gegen die guten Sitten trotz der unsachlichen Werbung abgelehnt.⁶²³

Inhabers einer Teppichbodenfirma an seine Lieferanten mit der Bitte um Warenlieferungen und Gutschriften an sein Unternehmen, die mit Spendenquittungen des Fußballclubs honoriert wurden. Der BGH hat hier aber nicht auf Art. 9 GG rekrutiert - wie es sich angeboten hätte - um die Wettbewerbshandlung abzulehnen.

620 In diesem Sinne ist auch die mit der Pressefreiheit verbundene Meinungsfreiheit spezielles Grundrecht; siehe 7.Kapitel.

621 BGH Urt.v.16.1.1976 "UNICEF-Grußkarten" GRUR 1976, 308 f. Ch.Daunicht - Hoffrichter, Unlauterer Wettbewerb auf dem Spendenmarkt? in: Festschrift für O.F.Frhr.v.Gamm, 1990, S.39, 41 ist zuzustimmen, daß es bei diesem Fall hauptsächlich um den Verkauf ging - die Ausführungen des BGH erstrecken sich aber auch auf die Werbung (310).

622 R.Scholz, In : Maunz/Dürig, Art. 9 Rn.60, 86.

623 Noch weitergehend will eine Literaturmeinung auch bei karitativen Werbungen grundsätzlich vom Vorliegen einer Wettbewerbshandlung ausgehen, deren Sittenwidrigkeit aber *nur von anderen auf dem Spendenmarkt Tätigen und von Verbraucherschutzverbänden* geltend gemacht werden kann. Der Verbraucherschutz verlange die Bejahung einer Wettbewerbshandlung und eine Prüfung nach dem UWG. (Ch.Daunicht- Hoffrichter, Unlauterer Wettbewerb auf dem Spendenmarkt? in: Festschrift für O.F.Frhr.v.Gamm, 1990, S.39, 42-47, die den Schwerpunkt auf das Tatbestandsmerkmal "im geschäftlichen Verkehr" legt (43). Hier ist zu entgegnen, daß man zwischen karitativen Werbungen um Geld, dessen Einkerfordern "nur" grundsätzlich das Nachfragepotential schmälert, und Werbung um Sachspenden, die regelmäßig die Benachteiligung von Marktteilnehmern beinhalten, unterscheiden muß (Ch.Frh.v.Gamm, Wettbewerbsrecht, § 17 Rn. 24 stellt auf die Möglichkeit der Weiterveräußerung der Sachspenden ab).

d) *Unterschiedliche Behandlung von Sprache und Tun durch den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung- der Bruch der Vermutungskette bei der Sprache von Wirtschaftssubjekten*

Mit der neueren BGH-Rechtsprechung, die Werbung in Art. 5 Abs. 1 S.1 1.Alt. GG schützen will⁶²⁴, stellt sich auch für Werbung, die nicht von spezifischen, mit eigenen institutionellen Garantien geschützten Medien verbreitet wird, die Frage, ob hier weiterhin aus dem Handeln „im geschäftlichen Verkehr“ auf das Vorliegen der Wettbewerbsabsicht geschlossen werden darf. Einige der anderen Fallgruppen sprächen dagegen, weil *etwa bei der Verantwortung der Medien für ihr Programm (V 5 a) oder die Sprache von Mitbewerbern in den Medien (V 5 b cc)* die Wettbewerbsabsicht nicht indiziert wird. Die BGH-Rechtsprechung zu Fall I „Ölverschmutzte Ente“ ist insoweit unklar:

„Denn der verfassungsrechtliche Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit und das Interesse der Öffentlichkeit, in den Meinungsbildungsprozeß wichtiger öffentlicher und rechtlicher Fragen eingebunden zu werden, lassen es nicht zu, *hinter jeder im Meinungskampf getroffenen Äußerung mit wettbewerbsrechtlichem Bezug ein entsprechendes zielgerichtetes absichtliches Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs zu sehen*“⁶²⁵.

Diese Ausführungen offenbaren die Differenzierung, die durch die Einführung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG) für die Werbung in das unlautere Wettbewerbsrecht eingeführt wird: Auf der einen Seite handelt es sich um eine meinungsfreiheitlich geschützte Äußerung,⁶²⁶ *auf der anderen Seite muß gerade deshalb das primäre Motiv für die Äußerung ermittelt werden*. Erst wenn die Dominanz des kommerziellen Motivs der werblichen Meinung bejaht wird („Wettbewerbsabsicht“), kann in die Prüfung nach materiellem Wettbewerbsrecht, hier der §§ 1 und 3 UWG, eingetreten werden. Nach der BGH-Rechtsprechung - auch wenn ihr das gegenwärtig nicht bewußt ist - hat der meinungsfreiheitliche Schutz der Werbung logisch zur Folge, daß für *Sprache* die Vermutungskette der

- Quelle „Wirtschaftssubjekt“
- Indizierung des Handelns im geschäftlichen Verkehr
- Indizierung der Wettbewerbsabsicht

nicht mehr existiert und so eine unterschiedliche Behandlung der Vermutungen, je nachdem, ob die Teilnahme am Wettbewerb *durch Sprache oder Tun* erfolgt, vorgenommen werden muß. Nach der Eröffnung des Anwendungsbereichs des

Karitative Werbung, die Geldleistungen einfordert, fände dann nicht im "geschäftlichen Verkehr" statt, während bei der Werbung von Sachspenden die Vorrangigkeit des Motivs im Rahmen der Wettbewerbsabsicht zu prüfen wäre. Der Spendenaufruf des Naturschutzverbandes wurde hier dennoch im Rahmen der Wettbewerbsabsicht geprüft, weil aus einer grundrechtlichen Betrachtung die Verankerung der Tätigkeit des Idealvereins in Art. 9 GG - wie auch in den Medienbeispielen zu Art. 5 GG - dazu führen muß, daß die Vorrangigkeit der Motive wettbewerbsrechtlich geprüft werden muß.

624 BGH Urt.v.6.7.1995 "Ölverschmutzte Ente" NJW 1995, 2488, 2490.

625 BGH Urt.v.6.7.1995 "Ölverschmutzte Ente" NJW 1995, 2488, 2490.

626 Weil die Äußerung zu Wettbewerbszwecken die Meinung nicht ihres verfassungsrechtlichen Schutzes nach Art. 5 Abs.1 S.1 1.Alt. entkleiden soll.

UWG durch die Bejahung des Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, stellt sich die Frage nach den materiellen Kriterien, nämlich dem Inhalt des Lauterkeitsanspruchs.

6. Lauterkeitsanspruch (§1 UWG)

Eine Differenzierung nach Integritäts-, Äquivalenz- und Rezipienteninteresse findet sich im Wortlaut des UWG nicht wieder - diese Differenzierung muß der Systematik des Wettbewerbsrechts gleichsam unterlegt werden. Der Grund dafür ist die historische Entwicklung, die das Wettbewerbsrecht genommen hat, und die ursprünglich nur eine Berücksichtigung des Schutzes von Konkurrenten zu verlangen schien.

a) Historische Entwicklung

aa) Anfangschronik des UWG: Mitbewerber als Schutzobjekt

Der Grund für die Schaffung des UWG war eine positivistische Reichsgerichtsrechtsprechung: Sie nahm im Umkehrschluß zum reichsgesetzlichen Markengesetz von 1874 an, daß ein weitergehender Schutz vor unlauterem Wettbewerb als der dort Gewährte, *nicht* bestünde.^{627 628} Das 1896 in Kraft tretende UWG wollte dieses Vakuum zunächst nur hinsichtlich gröbster Mißstände füllen und arbeitete weiter mit Spezialtatbeständen. Die Erfordernisse der Praxis führten sehr bald dazu, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Generalklausel des § 826 BGB neben das UWG trat: anders als im Firmen- und Warenzeichenrecht, wo die Annahme einer Spezialität den (ergänzenden) Rückgriff auf § 826 BGB ausschloß. Die Wirkung der wettbewerbsrechtlichen Instrumentalisierung von § 826 BGB wird dadurch gemindert, daß er einen Schädigungsvorsatz verlangt.⁶²⁹ Die Literatur diskutierte deshalb sehr früh, ob nicht darüber hinaus § 823 BGB mit dem Schutz des Persönlichkeitsrechts oder des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ergänzenden Schutz vor unlauterem Wettbewerb gewähren könne. Die Rechtsprechung ist dem nur hinsichtlich *betriebsbezogener* Eingriffe gefolgt - und an der „besonderen“ Betriebsbezogenheit des Eingriffs fehlt es bei vielen Formen der Teilnahme am Wettbewerb, für den die Verdrängung des Konkurrenten Voraussetzung und Ziel ist. Dieser Rechts(sprechungs)hintergrund

627 Scharfe Kritik "man schürfte nur an der Oberfläche" bei J.Kohler, Der unlautere Wettbewerb, 1913, S. 43 f.

628 Zur Geschichte A.Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963, 93- 99; die Anfänge des Schutzes der Mitbewerber schildert J.Kohler, Der unlautere Wettbewerb, 1913, S. 32- 63.

629 Zu den "Dioskuren" § 826 BGB und § 1 UWG J.W.Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 19 ff.

führte 1909 zur Einfügung einer Generalklausel in das UWG.⁶³⁰ Die privatrechtliche Quelle des UWG ist der Grund dafür, weshalb zunächst die lautereren Verhältnisse der Konkurrenten untereinander Schutzobjekt⁶³¹ waren. Dies geht sogar soweit, daß das Wettbewerbsrecht als Schutz der wirtschaftlichen Betätigung (Art. 2 Abs. 1 GG) der Mitbewerber aufgefaßt wurde⁶³². In der Anfangschronik des UWG war der Verbraucherschutz damit *kein* Schutzzweck. Mit der Begrenzung des geschützten Personenkreises auf die Mitbewerber ging *sachlich* auch eine Begrenzung des Prüfungsmaßstabs einher: *Gegen die guten Sitten verstieß, was gegen die Sitten der Wettbewerber verstieß*. Mit weiterer Rechtsprechungserfahrung und mit dem wachsenden Einfluß wirtschaftswissenschaftlicher Betrachtungen, wurde nicht nur der Wettbewerb der Konkurrenten miteinander sondern die Auswirkungen dieses Wettbewerbs auf das „Allgemeinwohl“ zum Schutzzweck - der Schutz der Wettbewerber wurde *auch* durch ihre Eigenschaft als Destinatäre einer „Institution“ Wettbewerb bestimmt⁶³³. Einen ersten Schritt zum Schutz öffentlicher Interessen, die über den Konkurrentenschutz hinausgingen,⁶³⁴ ging bereits das Reichsgericht, als es die Ausbeutung der Not von der Weltwirtschaftskrise betroffener Bevölkerungsschichten im Rahmen von § 1 UWG berücksichtigte.⁶³⁵ Damit waren erstmals auch die Verbraucher in die Konkretisierung von § 1 UWG einbezogen worden.

bb) Interim: das „tausendjährige“ Reich

Die Wettbewerbs- und Wettbewerberkonzentration des UWG und der guten Sitten wurde im „tausendjährigen Reich“ explizit aufgegeben, wo Carl Schmitt nicht nur forderte, daß alle Generalklauseln

„unbedingt und vorbehaltlos im nationalsozialistischen Sinne anzuwenden“

seien.⁶³⁶ Noch eindeutiger ist die Forderung, daß der Richter im Rahmen von Generalklauseln so zu entscheiden hätte,

„wie er als Gesetzgeber im völkischen und gemeinnützigen Geist bestimmen würde. Zu entnehmen hat der Richter diese Grundlagen der heutigen Volksanschauung, die in den 25 Punkten des Parteiprogramms („Ppr.“) der NSDAP ihren Niederschlag gefunden hat.“⁶³⁷

630 RGBl. I 499. Einen komprimierten Überblick über die Geschichte bei V.Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1998, S. 8 ff.

631 Terminologie wie V.Emmerich, 1998, S. 15.

632 W.Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz 1958, S. 223 ff, 306.

633 Siehe Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg. Rn.88; G.Schrauder, Wettbewerbsverstöße als Eingriffe in das Recht am Gewerbebetrieb, 1970, S.97 ff.

634 RG, 6.3.1931, MuW 1931, 376 (378).

635 Einen Überblick über die Anfänge der Verbraucherschutzrechtsprechung des BGH gibt Th.Sambuc, Folgenerwägungen im Richterrecht, 1977, S.75-82.

636 C.Schmitt, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, JW 1934, 713, 717.

637 Hubernagel, in: H.Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln, S. 971, f. Unzutreffend deshalb die Bewertung von G.Schrauder, Wettbewerbsverstöße als Eingriffe in das Recht

Konsequent entwickelte das RG eine Rechtsprechung, die den Hinweis auf die jüdische Kapitalbeteiligung, den Weiterverkauf jüdischer Waren wie auch den Hinweis auf die „jüdische Versippung“ eines Geschäftsführers oder Gesellschafters als nicht sittenwidrig erklärte. Das legitime *Aufklärungsinteresse* der Kunden rechtfertigt solche Hinweise⁶³⁸ - in der hier vertretenen Terminologie handelt es sich um eine Berücksichtigung der positiven Rezipientenfreiheit zum Schutz des „Äquivalenzinteresses“. Deutlich wird damit, daß der Umfang des *Äquivalenzinteresses* gerade auch von außerwettbewerbsrechtlichen Einflüssen bestimmt wird. § 1 UWG wurde damit zum Mittel politischer - und nicht wettbewerblicher Steuerung.⁶³⁹ Selbstverständlich wird die Qualität von Waren nicht durch die „Rasse“ der an Produktion und Handel Beteiligten beeinflusst.

Eine parallele Argumentation - die aus heutiger Sicht nicht wie das zitierte Beispiel Art. 3 Abs. 1, 3 GG verletzt - bietet sich für die Fälle IV und V an. Das Aufklärungsinteresse hinsichtlich des Sozial- oder Umweltsponsorings eines Unternehmens könnte ebenfalls ein Argument für die Zulässigkeit der Werbung sein⁶⁴⁰; damit wird ebenfalls ein außerhalb des produktabhängigen Wettbewerbsverhaltens liegender Aspekt beworben.

Diese Rechtsprechungserfahrungen mögen indes der Hintergrund dafür sein, daß spätere Wettbewerbsgerichte argumentativ den Sittenverstoß auf die „Leistungswettbewerbswidrigkeit“ konkretisierend zuspitzten, wobei dann die Frage nach der Definition des „Leistungswettbewerbs“ stellvertretend für die Definition der „guten Sitten“ auftaucht.⁶⁴¹

b) *Rang des Verbraucherschutzes: wettbewerbsakzessorischer oder selbständiger Verbraucherschutz?*

aa) Wettbewerbsakzessorischer Verbraucherschutz

Verbraucherschutzbelange⁶⁴² werden inzwischen auch im Rahmen von § 1 UWG berücksichtigt; der Rang und die „Hintergrundrechtfertigung“ für diesem Schutz ist aber nach wie vor umstritten. Eine Meinung will den Verbraucher nur *insoweit* schützen als er in der Wahrnehmung seiner Rolle als „Schiedsrichter“ im Wett-

am Gewerbebetrieb, 1970, S. 101, das "Recht gegen unlauteren Wettbewerb sei unpolitischer Natur."

638 B.Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1991, S.216-223 m.w.N.

639 B.Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1991, S.224.

640 Zurückhaltend Th.Lappe, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Umweltwerbung, 1995, S. 197 f, der dieses Aufklärungsinteresse wegen seiner fehlenden Produktbezogenheit nicht in die Interessenabwägung einbeziehen will.

641 Das Problem des Verstoßes gegen die "guten Sitten" durch den Verstoß gegen den "Leistungswettbewerb" bzw. durch die "wettbewerbsbezogenen Vorschriften (des öffentlichen Rechts)" wird auch in der Legehennenentscheidung des BGH Urt.v. 6.7.1995 NJW 1996, 122 deutlich. Siehe zu dem Vorwurf, daß die sittliche Mißbilligung der Käfighaltung nicht berücksichtigt wird, W.Schindler, Die Henne, das Ei und die europäischen Kulturordnung, NJW 1996, 1802 f.

642 Eine Übersicht über Aspekte des Verbraucherschutzes im UWG gibt G.Schricker, Wettbewerbsrechtliche Probleme des Verbraucherschutzes, RabersZ 40 (1976), 535 - 577; W.Hefermehl, "Konkretisierung", S. 912.

bewerb durch Werbung behindert werden: Eine Auffassung, die mit dem Attribut „*wettbewerbsakzessorischer Verbraucherschutz*“ umschrieben werden könnte. Ein klarer Anwendungsfall ist das Verbot irreführender Werbung (§ 3 UWG); eine weitere Frage ist, ob auch im Rahmen des § 1 UWG Verbraucherschutzbelange neben die Konkurrentenbelange treten.⁶⁴³ Grundsätzlich wird man dies nach der jetzigen Rechtsprechung des BGH⁶⁴⁴ bejahen können. Es ist nach seiner Ansicht das Ergebnis einer Interessenabwägung, ob

die Interessen der Verbraucher auch dann zu einer Untersagung von Werbemethoden führen können, wenn die Mehrzahl der Mitbewerber sich nicht verletzt fühlen.

Beispiele dieser Konstellation sind die Fälle, in denen der BGH mit der Nachahmungsgefahr⁶⁴⁵ argumentiert. Vor allem die Gefahr des Überhandnehmens einer Werbemethode mit den daraus folgenden Konsequenzen für die „Verbraucher“ führt zur Untersagung, auch wenn die Anbieterseite selbst vielleicht großes Interesse an einer solchen Werbungsstrategie hat.

Ein Beispiel dafür war in den Anfängen die Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Telefax- und Telefonwerbung.⁶⁴⁶ Ein weiteres Beispiel ist die Benetton-Werbung mit dem Photo von Kinderarbeit in der dritten Welt.⁶⁴⁷

Dieser Schutz des negativen Rezipienteninteresses, die in der Baumbachschen Systematik der „belästigenden Werbung“ zuzuordnen ist, ist gerade kein Beleg für einen *selbständigen* Verbraucherschutz in § 1 UWG. Die Gerichte stellen auf die emotionale Beeinflussung des Rezipienten ab, der die Kaufentscheidung dann in einer vielleicht unterlegenen Verhandlungsposition treffen muß. Es handelt sich damit um Fälle eines *wettbewerbsakzessorischen Schutzes von Verbraucherinteressen*.

bb) Selbständiger Verbraucherschutz

Erst in den jüngeren BGH-Entscheidungen zur Unzulässigkeit der Telefax- und Briefkasten- und Telefonwerbung wird auf den (verfassungsrechtlichen) Schutz des Eigentums abgestellt. So tritt ein *selbständiger* Verbraucherschutz in den Vordergrund. Auch wenn eine Werbestrategie die Entscheidungskompetenz des Verbrauchers nicht beeinträchtigt, erfolgt wegen des Schutzes *seiner* nicht wett-

643 V.Emmerich, Wettbewerbsrecht, 1995, S.19, 219.

644 BGHZ 19, 392, 396 "Anzeigenblatt"; BGH GRUR 1959, 277, 279 "Künstlerpostkarte"; BGH GRUR 1965, 315 "Werbewagen"; BGH GRUR 1967, 430, 431 "Grabsteinaufträge"; BGHZ 54, 188, 190 f "Fernsprechwerbung"; BGHZ 56, 18 "Fernsprechwerbung II"; BGH GRUR 1988, 614 f "Btx-Werbung".

645 Konkretisiert von K.Kassebohm, Grenzen schockierender Werbung, Univ.Diss.Berlin, 1996, S. 6, 130 mit dem Kriterium der "Aufschaukelungsgefahr".

646 Die Gerichte stellten auf die Nachahmungsgefahr, und damit ein Konkurrenteninteresse und damit allenfalls mittelbar auf einen wettbewerbsakzessorischen Verbraucherschutzaspekt ab.7.Kapitel

647 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2490 f "Kinderarbeit".

bewerbsakzessorischen Interessen die Untersagung. Die Anerkennung eines selbständigen Verbraucherschutzes ist Voraussetzung für den Schutz (nicht objektiv entscheidungsdeterminanter)⁶⁴⁸ negativer Rezipienteninteressen im Rahmen von § 1 UWG.

c) § 1 UWG als verfassungsgemäße Generalklausel

§ 1 UWG verpflichtet zur Unterlassung von Handeln, das **gegen die guten Sitten verstößt**. In einer teleologischen Betrachtung ist Sprache auch Teil des „Handelns“ im Sinne des UWG, weil die Teilnahme am Wettbewerb durch Sprache wie Tun erfolgt. Problematisch und in einer Weise umstritten, die jede heutige Darstellung nur konzentriert und von der Erfassung von Literatur und Rechtsprechung eklektizistisch zuläßt, ist die Frage nach dem *Inhalt* der „guten Sitten“. Bereits bei der Frage, wie dieser Inhalt ermittelt werden sollen, tritt die dogmatische und methodische Besonderheit von § 1 UWG hervor. So sollen sich die „guten Sitten“ in § 1 UWG von anderen Rechtsbegriffen durch ihre Eigenschaft als „Generalklausel“ unterscheiden. Die Eigenschaft von § 1 UWG als das Wettbewerbsrecht ergänzende Generalklausel wird mit der Gesetzgebungsgeschichte begründet, nach der der Schutz des lautereren Wettbewerbs oder seiner Sitten in besonderem Maße Flexibilität und Pragmatik des Rechts verlange. Der Gesetzgeber habe diese Problemlage erkannt, sich deshalb in weitem Umfang einer speziellen Normierung *enthalten* und den Schutz der guten Sitten konsequenter der **Rechtsprechung** durch eine - so wird gängig behauptet⁶⁴⁹- „Generalklausel“ anvertraut. Die methodische Konsequenz dieser Qualifizierung könnte sein, daß bei „Generalklauseln“ nicht *ein* Rechtsanwendungsergebnis postuliert, sondern ein Korridor für mehrere mögliche und dann auch zulässige Rechtskonkretisierungen eröffnet werden soll.⁶⁵⁰ Die Generalklausel soll nach diesen Meinungen in methodenkritischer Sicht prozedural ein Ermessen⁶⁵¹ des Rechtsanwenders voraussetzen, das durch Verfassungs- und/oder Präjudizienrecht allenfalls im *Einzelfall auf nur ein zulässiges Konkretisierungsergebnis* verengt wird.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Generalklausel als meinungseinschränkendem Gesetz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG wird nach der neueren BGH-Rechtsprechung unproblematisch angenommen. Der BGH bezieht sich dabei auf Kammerentscheidungen des BVerfG, die bisher allerdings vorwie-

648 Zum Begriff siehe unter e aa)- Im Fall der objektiven Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts muß eine Berücksichtigung erfolgen.

649 Statt vieler W.Hefermehl, Die Konkretisierung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel durch Rechtsprechung und Lehre, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland ("Konkretisierung"), 1991, S. 899 m.w.N;

650 F.Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 584.

651 Zur Unterscheidung von Beurteilungsspielraum-"Sachermessen" etwa bei der Feststellung der guten Sitten - und anschließender Ausübung des teleologisch und systematisch gebundenem Urteilsermessens J.Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 59 ff (65).

gend zur Generalklausel als *berufsausübungsregelndem* Gesetz in Art. 12 GG ergingen (siehe unten 6 e). In der Literatur wird die grundsätzliche Frage, ob eine Generalklausel wegen ihrer dogmatischen Besonderheit überhaupt den Anforderungen eines allgemeinen Gesetzes genügen kann, allenfalls gestellt, ohne sie aber letztendlich zu beantworten.⁶⁵² Erklärbar ist diese Zurückhaltung vielleicht durch die Neuheit der Forderung nach dem meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung: Für die bisher in Literatur und Rechtsprechung verbreitete Auffassung vom Schutz der Werbung in Art. 12 GG stellte sich das dogmatische Problem der Generalklausel lediglich in einem allgemeinen, rechtsstaatsprinzipiellen Rahmen und nicht im Lichte der speziellen Problematik eines „allgemeinen Gesetzes“, dessen Allgemeinheit sich bei „Generalklauseln“ ausschließlich durch Rekurs entweder auf gelebte Sitten und/oder Präjudizien der Rechtsprechung ermitteln läßt. Die Prüfung der Zulässigkeit des Einsatzes einer Generalklausel im Rahmen eines allgemeinen Gesetzes nach Art. 5 Abs. 2 GG setzt zunächst die Überprüfung der Frage, ob § 1 UWG überhaupt eine Generalklausel ist, voraus. Hierfür ist Voraussetzung, daß man eine Definition dessen, was eine Generalklausel⁶⁵³ ist, gibt. Erst nachdem festgestellt wird, daß § 1 UWG eine Generalklausel ist und wie diese Generalklausel inhaltlich „angewandt“ wird, kann die Frage beantwortet werden, ob es sich um ein allgemeines Gesetz im Sinne von Art. 5 UWG handelt.

d) *Generalklausel*

Eine eindeutige, durchgängig vertretene *und aussagekräftige* Definition und Gewißheit über das, was eine Generalklausel ist⁶⁵⁴, findet sich weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung. Bereits dieser Befund stellt in Frage, inwieweit die Kategorisierung von § 1 UWG als „Generalklausel“ überhaupt einen Fortschritt bietet. Mit dem Fehlen von strukturierenden Aussagen gewinnen topische Teilerkenntnisse über Funktion und Organisation der Anwendung von sogenannten Generalklauseln Bedeutung:

652 W.Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1, 5 f, der entweder eine schlüssige Begründung des Leistungswettbewerbs oder eine empirische Nachweisbarkeit der Sitten fordert.

653 Das Fehlen definitiver Gewißheit läßt auch daran zweifeln, ob überhaupt die "Generalklauseln" als Plural Gegenstand eines einheitlichen Konkretisierungskanons sein können. Siehe hierzu zum einen die äußerst weite Definition von H.W.Haubelt, Die Konkretisierung von Generalklauseln, 1978, S. 5 ("Allgemeine Regelung, die der inhaltlichen Präzisierung bedarf"; zur begrifflichen Vielfalt auch E.Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 582 Fn. 407) und zum anderen F.Säcker, Die Konkretisierung vager Rechtssätze durch Rechtswissenschaft und Praxis, ARSP 1972, 215, 229, 231, der sogar Grundrechte als vage Rechtsbegriffe identifiziert, die nur durch "operationale Vorschriften" präzisiert werden.

654 Siehe auch die Nachweise bei F.Müller, Strukturierende Rechtslehre, 1994, S.201 zum Generalklauselcharakter der Grundrechte.

aa) Generalklausel als „weiches Recht“

Eine Definition der Generalklausel hat auch *Hedemann* in seiner berühmten Schrift nicht gegeben, sondern eine Summe dreier „Elementar-begriffe“ - bonum et aequum, bona fides, exceptio doli - ermittelt.⁶⁵⁵ Am ehesten charakterisiert werden Generalklauseln in der Schrift Hedemanns durch ihren Gegensatz - das strenge, strikte Recht. Die Aufgabe dieser „Strenge“ und „Härte“ zugunsten einer „Milde“ und „Weichlichkeit“ seit dem nachklassischem Rom sind die vom ihm kritisierte Existenzberechtigung wie Wirkung von „Generalklauseln“. Nicht überraschend fällt deshalb jede Vorschrift, die hohe Konkretisierungsansprüche an den Normanwender stellt, unter den Hedemannschen Generalklauselbegriff: so auch etwa die polizeirechtliche „Generalklausel“ der „öffentlichen Ordnung“.⁶⁵⁶ *Einheitliche* methodische Kriterien für alle Generalklauseln können diesem frühen Verständnis nicht entnommen werden, wie ein Vergleich der „guten Sitten“ in § 1 UWG mit etwa § 138 BGB verdeutlicht (siehe unter V 6 f). Eine grammatische Auslegung legt bei den „guten Sitten“ den verpflichtenden Blick auf „Sitten“ - die durchaus außerrechtlich sein könnten - nahe. Demgegenüber handelt es sich bei der öffentlichen Ordnung, so man hier nicht Naturrechtsidealismus pflegen will, außer im Fall des Art. 20 Abs. 4 GG um eine juristisch verfaßte Ordnung, die allenfalls durch die „Generalklausel“ ergänzt wird. Die Erkenntnis Hedemanns lenkt allerdings den Blick auf den Wechsel in der „Person“ des Rechts„schöpfers“ bei Generalklauseln und stellt damit die Frage nach der Kompetenz:

bb) Generalklausel in kompetenzieller Betrachtung

Ein Schwerpunkt unter dem Generalklauseln bisher betrachtet werden, ist deshalb die Frage der Zulässigkeit gesetzlicher Vergrößerung der Entscheidungsmacht der Rechtsprechung - also das zulässige Ausmaß dezisionistischer Rechtsetzung in unserer Rechtsordnung. Um überhaupt den zur Prüfung stehenden Umfang dieser judikativen Dezisionsmacht zu erkennen, bedarf es detaillierter Kriterien: Unbestritten ist nur, daß die Generalklauseln - etwa neben § 1 UWG die §§ 242, 826, 138 BGB - in ihrer verbalen Vagheit besondere Anforderungen an die Rechtsanwendung stellen. Eine Extremposition sieht die Generalklausel als verhüllte Aufgabe jeglicher (unmittelbar demokratisch verfaßter) Normierung: Der Gesetzgeber gebe so

655 J.W.Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln - Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933, S.2.; Baumbach, Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht, JW 1930, 1643 f.

656 Zur Reduktion der guten Sitten auf die in der Gesellschaft bestehende Ordnung K.Simitis, Gute Sitten und ordre public, 1960, S. 36 ff; gegen diese Entäußerung des sittlichen Kerns W.Hefermehl, "Konkretisierung", S.904; für die Nichtigkeit solcher "Blankettnormen", die für teleologische Auslegungsverfahren keine Richtlinien bieten, im öffentlichen Recht damals H.Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 202 und Fn 328.

„das Heft aus den Händen, insofern als derartige Anordnungen nichts Positives an sich haben; es ist nicht viel anderes, als wenn das Gesetz sagte, daß das Richtige getan werden soll.“⁶⁵⁷

§ 1 UWG hat denn in der Vergangenheit auch als Beleg und Beispiel dafür gedient, *grundsätzlich die Norm*⁶⁵⁸ als Basis richterlicher Entscheidung in Frage zu stellen und vielmehr die Maßgeblichkeit des richterlichen Rechtsgefühls - allerdings nicht einer bloßen „Instinktjurisprudenz“⁶⁵⁹- und der praktischen Vernunft zu behaupten.⁶⁶⁰ Die Vorstellung einer nur an pragmatische, subjektive Richtigkeitsüberlegungen gebundenen Rechtsprechung entspricht nicht dem rechtsstaatlichen und auch nicht dem grundrechtlich verankerten Bestimmtheitsgrundsatz.⁶⁶¹ Damit stellt sich die Aufgabe des „Wies“ der Konkretisierung von Generalklauseln⁶⁶².

a) Generalklausel in funktionaler Betrachtung

Die Funktionen der Generalklausel sind von einem Analytiker der nationalsozialistischen Jurisprudenz⁶⁶³ als

657 R.Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1932, S. 89 unter Bezug auf Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode" Bd.1, S. 826.

658 Hermann Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 203 verneint für § 1 UWG den Charakter einer Norm und will ihn nur als "formales Gesetz" qualifizieren. Ein solches Gesetz dient - nach dieser antegrundgesetzlichen Einschätzung - weder der Begründung noch der Kontrolle richterlicher Entscheidung.

659 R.Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1932, S.91; anders der Befund von Baumbach, Gesetzgeberische Gedanken zum Wettbewerbsrecht, DJZ 1931, 58 f, 61, der zwar die Richter rügt, denen "die genügende Einfühlung in die Materie fehlt", letztendlich aber keine gesetzliche Regelung als möglich oder besser erachtet.

660 H. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 363. Der Ansatz Isays, daß die Norm (1) nur der Kontrolle der vom Richter bereits gefundenen Entscheidung diene;(2) bei der Begründung der Entscheidung nur deren Allgemeingültigkeit dartue und (3)die Berechenbarkeit der Entscheidung verbessere, hat zur Konsequenz, daß der Richter danach streben müsse für jeden Sachverhalt eine Norm zu finden. Dieser Anspruch setzt eine umfassende Kenntnis des ganzen Normenkomplexes voraus, und über diese Kenntnis verfüge nur der Richter, *während sie der Volksvertretung regelmäßig abgehe.* (S. 205 !). Dagegen wendet R.Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1932, S. 89 - 92 die Unterschiedlichkeit von Fall (case law) und Regelrecht (von ihm als "statute law" bezeichnet) ein, die es den Gerichten verwehre, Normen zu schaffen (S. 91). Zudem wäre ein Teil der Rechtsfindung des Gerichts auch die Präjudizien, wie auch die Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise wie auch von "bewährter Lehre und Überlieferung" (Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs). Zur Bedeutung von R.Callman für die Qualifizierung der Generalklausel als Rechtsprechungsaufgabe Th.Brauns, Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfindung im Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1992, 1, 3.

661 Ph.Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 303, 306, der zum einen dem Rechtsstaatsprinzip als "Beelzebub" nicht die Fähigkeit überantwortet, den "Teufel", die Generalklauseln zu vertreiben; er entwickelt vielmehr aus den *Grundrechten* einen Bestimmtheitsgrundsatz, der die vom einzelnen Grundrecht abhängige Berücksichtigung nur spezifischer Konkordanzbelange im Rahmen der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe zuläßt (S. 396-415, insb. 401 f) - unter Hinweis auf die diffuse, im wesentlichen auf das Rechtsstaatsprinzip gestützte Rechtsprechung des BVerfG (S. 406 ff).

662 Siehe dazu A.Ohly, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S.199-252 mit vielen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

663 Den auch B.Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1991, S. 215 für die Erkenntnis der Generalklauseln als "fruchtbar" bezeichnet.

- (1) *Lückenfunktion*,
- (2) *Kulturfunktion*
- (3) *Gerechtigkeitsfunktion und*
- (4) *Rechtschöpfungsfunktion identifiziert worden.*^{664 665}

Zutreffend an dieser, für das Zivilrecht entwickelten Differenzierung, ist das Aufzeigen der Bandbreite der Argumente, die in den Methodenkanon der Auslegung einer Norm dann einfließen können, wenn sie mit der dogmatischen Klassifizierung „Generalklausel“ versehen wird. Und in der Realität muß das *Gewicht* aller vier Aspekte bei § 1 UWG als klärungsbedürftig oder strittig erachtet werden. So ist

- (1) bei der *Lückenfunktion* ein Spannungsverhältnis von § 1 UWG mit speziellen Bestimmungen des UWG wie auch anderen (Wettbewerbs-)Gesetzen feststellbar;⁶⁶⁶
- (2) bei der *Kulturfunktion* stellt sich angesichts der Fälle I, III, VIII die Frage nach der Stellvertreterfunktion der Werbung für eine Kultur und auch die Frage nach dem UWG als Kurator derselben⁶⁶⁷;
- (3) bei der *Gerechtigkeitsfunktion* ist § 1 UWG - anders als eine Generalklausel wie „Treu und Glauben“ - *weniger* das ergänzende Korrektiv positivistisch *anders getroffener* Entscheidungen⁶⁶⁸ als vielmehr die Öffnung für eine „richterliche Regelung von bisher nicht Geregelter“ im Interesse eines effektiven Schutzes der guten Sitten etwa bei neuen Werbemethoden wie der Umwelt-Unternehmenswerbung in Fall I oder der schockierenden Werbung der Fälle IIa (HIV-Positiv) und Fall III (Schlüpferstürmer);
- (4) bei der *Rechtschöpfungsfunktion* kann im Hinblick auf das Staatsziel des Art. 20 a GG durchaus strittig sein, ob die Rechtsprechung „nur“ Recht im Sinn wirtschaftspolitischer Flexibilität fortbildet⁶⁶⁹ oder als Vertreterin des Gesetzgebers zur Verfolgung von Staatszielen etwa nach Art. 20 a GG unmittelbar verpflichtet oder berechtigt ist.

Die Feststellung, daß jede dieser vier Funktionen von § 1 UWG wahrgenommen wird und damit § 1 UWG eine „Generalklausel“ ist, wird auch durch die Überprü-

664 Hubernagel, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln, in: H.Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, S. 971.

665 G.Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, S. 61 unterscheidet zwischen (1) Delegationsfunktion - Übertragung rechtssetzender Tätigkeit auf den Richter (diese Funktion nähert sich dem Verständnis von § 1 UWG als *rechtlicher* Generalklausel an) (2) Rezeptionsfunktion - Rezeption und Kontrolle sozialer Standards (hier als "Blankett-norm" bezeichnet) und (3) Transformationsfunktion - Richterliche Normbildung aus kollektiven Wertvorstellungen. Mit dieser Struktur ist aber nicht geklärt, auf welche der Funktionen das Gericht im Einzelfall seine Entscheidung *maßgeblich* stützt. Erst in jüngeren Entscheidungen (etwa wie in Fall I "Ölverschmutzte Ente") lehnt der BGH die Rezeptionsfunktion grundsätzlich ab und engt die Rezeptionsfunktion fast bis zu ihrer Negation ein, wenn die Sittenwidrigkeit durch die richterliche Wertung konstituiert werden soll.

666 Siehe unter V 2 b bb). Darauf weist auch W.Tilmann, Das UWG und seine Generalklausel, GRUR 1991, 796 hin.

667 K.Kassebohm, Grenzen schockierender Werbung, 1996, S. 3 spricht von Stellvertreterfunktion der Werbung..

668 So auch J.Ipsen, 1975, 72.

669 Hierzu W.Hefermehl, "Konkretisierung", 1991, S. 919.

fung anhand anderer Kategorisierungsmodelle deutlich. So erfüllt § 1 UWG sowohl die Funktion einer

- (1) **Zielklausel** (Schutz der guten Sitten)⁶⁷⁰;
- (2) einer **Wertungs- und Verweisungsklausel**, weil eine Bewertung von Sitten, auf die verwiesen wird, als „gut“ erfolgt
- (3) einer **Anpassungs- und Ergänzungsklausel**, die die Kreativität der Wettbewerber zu verlangen scheint und
- (4) jedenfalls nach Literaturmeinungen einer **Billigkeits- und Härteklausel**, wenn im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Interessenabwägung dem Newcomer oder dem Mittelstand aggressivere Werbemethoden erlaubt sein sollen als Großunternehmen.⁶⁷¹

Soweit ersichtlich wird nicht bestritten, daß § 1 UWG eine „Generalklausel“ ist. Deutlich wird mit der generalklauselartigen Fülle der Funktionszuschreibungen, daß die Kategorisierung als „Generalklausel“ per se strukturelle Detailkonflikte bedingt.

So schließt etwa die Verweisung auf „gute Sitten“ (*oben unter 2*) als genereller Maßstab grundsätzlich die Rücksichtnahme auf die Härte für den einzelnen, diese Sitten einzuhalten, aus (4). Diese Ausnahme, etwa daß sich der Newcomer aggressiverer Werbemethoden als der markteingesessene Mitbewerber befleißigen dürfte, um sein Eintrittsgeld in den Markt schneller zurückzuverdienen, ist nicht nur dem Hinweis auf „Sitten“, sondern nur in Hinblick auf ein funktionsorientiertes, deontologisches Wettbewerbs- oder Interessenabwägungsmodell begründbar.

Die Qualifizierung von § 1 UWG als „Generalklausel“ ist damit nach hier vertretener Meinung nur wenig weiterführend für die Ermittlung des Tatbestands der guten Sitten.

β) *Konkretisierung“ - § 1 UWG im Koordinatensystem von Auslegung, Gesetzesfortbildung und Rechtssetzung*

Diesseits der Bezeichnung von § 1 UWG als Generalklausel hängt es vom jeweiligen Meinungsstand ab, inwieweit § 1 UWG einer

- (1) **Subsumtion noch zugänglich ist** („Auslegung“), eine
- (2) **Gesetzesfortbildung verlangt** oder
- (3) **originär zur Rechtssetzung verpflichtet**.

(1) **§ 1 UWG als subsumtionsfähige Norm**. Wer „gute Sitten“ als Verweis auf **außerrechtliche Standards** begreift, der kann für Fallgestaltungen, in denen

670 Auch wenn J.Ipsen diese Funktion von § 1 UWG nicht erwähnt.

671 C.Baudenbacher, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 (1980), 145, 159. Gegen eine solchen Einfluß wettbewerbspolitischer Erwägungen, die den Sittenbegriff durch die Marktstruktur relativiert Th. van Dorp, Die Erfassung von Beeinträchtigungen des Wettbewerbes als unlauterer Wettbewerb nach § 1 UWG, 1993, S. 153 f.

solche „Sitten“ mit Mitteln der empirischen Soziologie feststellbar sind, die Möglichkeit eines syllogistischen Schlusses bejahen.⁶⁷²

Wenn *Sitten feststellbar* sind, die *nicht gegen normhierarchisch höheres Verfassungsrecht* sowie die ⁶⁷³ *Teleologie und Systematik* der Generalklausel verstoßen, und *gegen* diese Sitten gehandelt wird (Tatbestand), dann besteht als Rechtsfolge die Unterlassungsverpflichtung. Dieser Ansatz wird im folgenden als „*Blankettnormverständnis*“ ⁶⁷⁴ bezeichnet.

- (2) *Gesetzesfortbildung und Rechtssetzungsbefugnisse?* Wer „gute Sitten“ als *Rechtsbegriff* versteht,⁶⁷⁵ der steht zunächst vor der Aufgabe, die Weite des potentiellen Referenzsystems in verfassungsrechtlich geforderter Weise zu begrenzen. Die Abkoppelung von empirisch nachweisbaren Rechtstatsachen stellt angesichts der gegenwärtigen BGH-Rechtsprechung (Fall I „Ölverschmutzte Ente“; zur Wertung des Richters) die Frage nach den *Grenzen* der Ausübung der „richterlichen Wertung“⁶⁷⁶ wie nach der Möglichkeit der Kenntnis eines vom Wortlaut abgelösten, funktionsorientierten Topos wie dem Leistungswettbewerb.

Von der Literatur wird verlangt, daß wenigstens ein schlüssig begründetes Präjudizienrecht⁶⁷⁷ vorliegt, um von einer rechtsstaatlich bestimmten Norm ausgehen zu können. Die generalklauselartige, gesetzliche Delegation von Entscheidungsmacht im Einzelfall verpflichtet zum einen zur - soweit angesichts der Natur der richterlichen Befassung im Einzelfall möglichen - Anwendung des *Gleichheitsgrundsatzes* wie auch zu einer dem Ziel der Rechtssicherheit *Rechnung* tragenden, folgerichtigen Entwicklung eines *Präjudizienrechts*.⁶⁷⁸ *Eine* Voraussetzung der Entwicklung eines solchen formal⁶⁷⁹ und

672 Hierzu auch J.Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, 66 f. So auch F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, 1994, S. 200 ff, der in dieser Verweisung den Unterschied zwischen Generalklauseln und Grundrechten sieht.

673 Das historische Element spielt weniger eine Rolle, weil die Generalklausel Flexibilität grundsätzlich erstrebt. Zur "ergänzenden Rechtsfortbildung" (entspricht hier der Rechtssetzung) und dem Funktionswandel F.Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 1982, S. 584 ff.

674 Zu Begrifflichkeiten wie auch Unterschieden und Unklarheiten siehe U.Volkman, Qualifizierte Blankettnormen, ZRP 1995, 220 f m.w.N.

675 Vertreter eines Blankettnormverständnisses müßten sich dieser Rechtsfortbildungskomponente dann stellen, wenn gute Sitten wegen der Novität nicht feststellbar sind. Dann gibt es zwei Alternativen: entweder man beschränkt sich auf den Blankettnormansatz mit der Konsequenz, daß § 1 UWG solange keinen Sanktionscharakter hat, als keine Sitten feststellbar sind; oder man ermächtigt bei "neuen" Sachverhalten die Gerichte zur Rechtsfortbildung.

676 BGH Urt.v.6.7.1995, NJW 1995, 2490 f; NJW 1995, 2493.

677 Daran fehlt es nach Ansicht von W.Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1, 8 bei den Benetton-Entscheidungen.

678 Dazu im einzelnen A.Ohly, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, 253-344.

679 Durch Bezugnahme auf (sämtliche) vom Sachverhalt einschlägige Vorentscheidungen und ggf. offen eingestandene Abkehr von der damaligen Rechtsprechung bzw. der Offenlegung

materiell schlüssigen Präjudizienrechts ist zunächst die Offenlegung der Systematisierungskriterien. Die in Literatur und Rechtsprechung sehr verbreitete Systematisierung des § 1 UWG vermag diese dogmatisch-funktionalen Anforderungen zunächst nicht zu erfüllen, sondern ist eher pragmatisch-real: in Anlehnung an das was die Wettbewerber tun und spezifischer Gefahren, die daraus für das wettbewerbsrechtliche Ziel „Leistungswettbewerb“⁶⁸⁰ erwachsen können, unterscheidet die Kommentarliteratur in einer Gliederung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung fünf Fallgruppen⁶⁸¹:

- Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit (Kundenfang)
- Behinderungswettbewerb
- Ausbeutung fremder Leistung
- Vorsprung durch Rechtsbruch und
- Marktstörung.⁶⁸²

Es existieren im Zusammenwirken von Literatur und Rechtsprechung damit *abstrahierte* Konkretisierungskriterien („Fallgruppen“, Kategorien). Die anschließende Frage ist, inwieweit die von der Rechtsprechung und Kommentarliteratur gewählten Kriterien für die Einschränkung von Art. 12 und Art. 5 GG verfassungsgemäß sind. Überraschenderweise ist das für § 1 UWG nicht nur - soweit ersichtlich- unbestritten sondern auch vom BVerfG mehrfach bestätigt worden:^{683 684}

-
- eines neuen Sachverhalts, der zu einer weiteren Rechtskonkretisierung verpflichtet. Kritik an der Benetton-Rechtsprechung des BGH deshalb bei W.Hoffmann-Riem, ZUM 1996, 1,8.
- 680 C.Baudenbacher, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 (1980), 145, 149, 154 ff zur methodischen Berechtigung einer funktionalen Auslegung (gegen H.Lecheler, Funktion als Rechtsbegriff NJW 1974, 2277, der die Dominanz des Seins über das Sollen beanstandet) und zum inhaltlichen Gehalt des Begriffs "Leistungswettbewerb".
- 681 Zu Modifikationen und Kritik A.Beater, Schutzzweckdenken im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, JZ 1997, 916 ; W.Tilmann, Das UWG und seine Generalklausel, GRUR 1991, 796 ff.
- 682 Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. Rn. 160 ff; W. Hefermehl, "Konkretisierung", 1991 , bildet vier Fallgruppen; die Marktstörung wird als Unterfall des Behinderungswettbewerbs erfaßt. Siehe auch Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. Rn. 158 ff zu anderen Systematisierungsmodellen, wie etwa E.Steindorff, Die Guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: Summum Ius Summa Iniuria, 1963, S. 58, 78, der als entscheidendes Kriterium die Rechtsfortbildungsbefugnis des Gerichts ansieht, die jenseits bestimmter, enger Fallgruppen nur dann gegeben sei, wenn sie sich auf eine "einhellige Zustimmung aller Interessierten stützen kann". Bei den aus verfassungsrechtlicher Sicht interessanten Fragen wie der vergleichenden Werbung oder der Benetton Werbung der Fälle I und II hat des an einer solchen Übereinstimmung - die in einer pluralistischen Gesellschaft kaum erzielbar ist- jedenfalls in der juristischen Literatur gefehlt.
- 683 So W.Hoffmann-Riem, ZUM 1996,1,5; H.W.Haubelt, Die Konkretisierung von Generalklauseln, 1978 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2490 f "Kinderarbeit". BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2490 f "Kinderarbeit" BVerfGE 85, 248, 263 "Hackethal" zu Art. 5 GG; BVerfGE 32, 311, 317 ff "Grabwerbung"; BVerfGE 81, 208, 227 allgemein zu Generalklauseln bei der "Wirtschaftsverwaltung" BVerfGE 8, 274, 326.
- 684 Siehe auch zur Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Atomrecht BVerfGE 49, 89, 136 zu "Stand von Wissenschaft und Technik".

Diese großzügige Akzeptanz⁶⁸⁵ der Generalklausel wird in der Literatur durch differenzierte Kritik ersetzt: Hier erfolgt eine unterschiedliche Würdigung von *gesetzesfortbildenden* und *rechtssetzenden* Konkretisierungen der Generalklauseln. *Die Gesetzesfortbildenden Konkretisierungen durch Generalklauseln werden als rechtsstaatlich zulässig erachtet, die rechtssetzenden nicht.* Zur Begründung erfolgt zunächst ein Erst-Recht-Schluß dergestalt, daß der regelungskompetente und -willige Gesetzgeber auch ein „Weniger“ regeln könne und einen begrenzten Normerfüllungsraum auf die Rechtsprechung übertragen könne. Im Sinne der rechtsstaatlichen Zielbestimmung „*Gerechtigkeit*“ sei eine Arbeitsteilung von demokratisch legitimierten Gesetzgeber und unabhängiger Rechtsprechung (Art. 97 GG) verfassungsrechtlich zulässig. Wegen des Verstoßes gegen einen grundrechtlichen und/oder rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz⁶⁸⁶ wird verfassungsrechtliche Kritik aber dann geäußert, wenn auch die Grenzen der „*gesetzeskonkretisierenden Rechtsfortbildung*“ (hier „*Gesetzesfortbildung*“) überschritten sind, und es sich um die Delegation von *Rechtssetzungsbefugnissen*⁶⁸⁷ handele. Die Grenze zwischen beidem wird - zurecht - als kaum ermittelbar bezeichnet.⁶⁸⁸

(3) *Rechtssetzungsbefugnisse.* Von den allgegenwärtigen Kategorisierungsschwierigkeiten sind aber die klaren Fälle zu trennen. Um Rechtssetzungsbefugnisse handelt es sich bei der Umsetzung der „gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie zur vergleichenden Werbung.“ Der BGH hat das auch erkannt, als er die Richtlinie vor ihrer Umsetzungsfrist zumindest in Teilen aufgrund von § 1 UWG zu deutschem Recht konkretisiert hat:

„Den Bedenken, eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Gesetze durch die Gerichte vor Ablauf der Umsetzungsfrist greife in die Kompetenzen des Gesetzgebers ein ...sind unbegründet, solange sich die Konformität mittels Auslegung im nationalen Recht- hier der Generalklausel des § 1 UWG - herstellen läßt und soweit dem Gesetzgeber ohnehin kein Spielraum bei der Umsetzung bleibt.“⁶⁸⁹

Das Besondere an dieser Fallgestaltung ist der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, den *der Gesetzgeber durch den Beitritt zu den Gemeinschaften akzeptiert hat.* Der Gesetzgeber ist also - was für den Einfluß des

685 So bereits die Einschätzung von J.Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 232 .

686 Der in Anlehnung an Art. 80, 103 Abs. 2 GG entwickelt werden müßte; J.Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 232).

687 Zur Diskussion um die Rechtsprechung als Rechts(erkenntnis)quelle F.Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S.502 ff (505). D.Lehnen, Typus und Rechtsfindung, 1970, S. 66 m.w.N. bezeichnet es als allgemein anerkannt, daß die Generalklauseln Auftrag zu richterlicher Normbildung seien.

688 J.Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 77, 232 f. Grundsätzlich ablehnend zu einer Differenzierung W.Brugger, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AÖR 119 (1994)1, 21 ff.

689 BGH Urt.v.5.2.1998 NJW 1998, 2207, 2209.

Gemeinschaftsrechts typisch, für Binnensachverhalte untypisch ist - zum Normerlaß verpflichtet. Jedenfalls in den Bereichen, in denen dem Gesetzgeber kein gegenständlicher (nur der zeitliche) Regelungsspielraum zusteht, ist die teleologisch auf Flexibilität und Pragmatik ausgerichtete Generalklausel nach hier vertretener Ansicht ausreichende und bestimmte Ermächtigungsgrundlage für diese „Rechtssetzungsbefugnisse“. Offen ist die Problematik bei Binnensachverhalten, wie der (Ablehnung) der Einbeziehung von Umweltschutzgesichtspunkten in die einfachgesetzliche Interessenabwägung nach § 1 UWG, soweit es sich um Werbung für legal auf dem Markt befindliche Produkte handelt (etwa Fall V „Ökosponsoring“). Die Frage, inwieweit die Generalklausel die insoweit gesetzvertretende Rechtsprechung berechtigt und verpflichtet, ein in der bisherigen Systematik des Wettbewerbsrechts wie auch des Präjudizienrechts unbekanntes Staatsziel wie den Umweltschutz zu verfolgen, wird hier der *Rechtssetzung* zugeordnet. Anders als bei der Gesetzesfortbildung, wo es um die Anpassung an den Wandel der Sitten oder die teleologisch optimierte Sanktionierung des Verhaltens der Wettbewerber geht, stellt sich hier die Frage *der Gesamtschuldnerschaft von Rechtsprechung und Gesetzgeber gegenüber einer objektivrechtlichen Bestimmung des Verfassungsrechts*. Hier wird sich auch die Frage stellen, inwieweit die Verfassung, wenn der Gesetzgeber nicht handelt, im Rahmen einer „Generalklausel“ die Rechtsprechung unmittelbar zur Wahrung eines Staatsziels verpflichten kann.

- (4) *Zusammenfassung*. Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß § 1 UWG den Fragen, die die Rechtspraxis an ihn stellt, keine methodisch uniforme Antwort, die sich *nur* der Auslegung, Gesetzesfortbildung⁶⁹⁰ oder Rechtssetzung zuordnen läßt, gibt. Es sind hier allenfalls Uferbetrachtungen möglich; deshalb hat sich für den Prozeß der Ermittlung des Aussagegehalts von Generalklauseln der umfassende Begriff „*Konkretisierung*“ eingebürgert.⁶⁹¹ Durch

690 Der Begriff "Gesetzesfortbildung" wird hier verwandt, um deutlich zu machen, daß jedenfalls "Generalklauseln" die herkömmliche Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung sprengen. Der Begriff "Rechtsfortbildung" ist bei § 1 UWG auch in Hinblick auf Art.20 Abs. 3 GG mit seiner Bindung an "Recht und Gesetz" vielleicht zu einseitig positiv belegt; allerdings wird "Recht" insoweit als Oberbegriff von unterschiedlichen Rechtsquellen verstanden. Grundsätzlich gegen eine richterliche Rechtsfortbildung Ch.Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem? JZ 1996, 118,123 f, dessen Hauptargument gegen Rechtsfortbildung der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt ist. Bei Generalklauseln ist dieses sehr formale Argument nicht weiterführend, weil der Gesetzgeber delegiert hat und es deshalb um das Ausmaß dieser Delegation geht.

691 Zur Unterscheidung von Konkretisierung und Auslegung J.Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 73 m.w.N.; H.W.Haubelt, Die Konkretisierung von Generalklauseln, 1978, S. 33 f, wobei auch ersichtlich ist, daß es auch Autoren gibt, für die "Konkretisierung" nicht der Oberbegriff ist, sondern bereits eine Form der Aufgabenbewältigung beschreibt (etwa F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, 1994, S. 261 f, 338 f, 433 für das Verfassungsrecht). Im Rahmen dieser Arbeit wird schwerpunktmäßig der Begriff "Konkretisierung" verwendet, weil eine "Auslegung" der guten Sitten bei Zugrundelegung unterschiedlicher Sichtweisen

die Verwendung dieses Oberbegriffs sollen aber die theoretisch existierenden Grenzen der Fallbereiche nicht ignoriert werden; auch wenn an ihrer praktischen Erkennbarkeit oft zu zweifeln ist. Auf diese Unterschiede und Grenzen wird bei der Beurteilung des Einzelfalls zurückzukommen sein, weil unterschiedliche Anforderungen an die verfassungs- und einfachrechtliche Überprüfbarkeit der Entscheidungen der rechtsprechenden Gewalt zu stellen sind. Eine methodische Anleitung, wie denn der Inhalt der Generalklausel zu ermitteln sei, gibt die Kategorie „Generalklausel“ damit nicht, so daß es weiterer Annäherungsbemühungen bedarf. Ein Weg könnte die Gegenüberstellung von rechtlicher „*clausula generalis*“ zu einer auf außerrechtliche Sachverhalte verweisenden Blankettnorm sein:

e) „*Gute Sitten*“ als „*Blankettnorm*“

aa) Begriff

Bei dieser Betrachtung verweist § 1 UWG als Blankettnorm (auch) auf außerrechtliche Sachverhalte⁶⁹² - sie wird zur *Öffnungsklausel in die (oder eine) Wirklichkeit*. Das bedeutet, daß die *Methode* der Feststellung des Bestehens solcher Sitten durch die Gerichte der Kontrolle der herkömmlichen Justizgarantien unterliegt⁶⁹³ wie auch das *Ergebnis*. *Verfassungswidrige Sitten können damit durchaus existieren - sie können aber nicht Grundlage einer richterlichen Entscheidung im Rahmen von § 1 UWG sein*. Das Verfassungsrecht führt hier unmittelbar dazu, eine bestimmte Konkretisierung des § 1 UWG für verfassungswidrig zu erklären. Es handelt sich bei dieser Konstellation um „*objektiv entschei-*

nicht aussagekräftig ist: Für Ansichten, die auf den Rechtscharakter der "guten Sitten" abstellen, wird durch die Verwendung des Begriffs "Konkretisierung" deutlich, daß es sich zumindest um eine untypisch weite Form der Auslegung handelt; für Ansichten, die "gute Sitten" als Öffnungsklausel der Wirklichkeit (Blankettnormverständnis) verstehen, wird durch die Verwendung von "Konkretisierung" angedeutet, daß es sich nur nicht um ein normatives Selbstreferenzsystem handelt.

692 Im Rahmen dieser Arbeit wird im folgenden Abschnitt die "Generalklausel" als allgemeine Klausel (*clausula generalis*) für andere Klauseln behandelt, die mit ihr den Charakter von Normen teilen, deren Tatbestand und Rechtsfolge *rechtlich* bestimmt wird. Blankettnormen sind im Rahmen dieser Arbeit Vorschriften, die auf außerrechtliche Standards *verweisen*. Was eine Blankettnorm oder -klausel im übrigen ist, ist allenfalls autorenspezifisch klar (H.Haubelt, Die Konkretisierung von Generalklauseln, 1978, S. 15 f m.w.N.) In anderen Arbeiten werden als Blankettnormen oder -vorschriften Bestimmungen bezeichnet, die zur Ausfüllung des Tatbestandes auf andere Rechtsvorschriften verweisen, wie etwa § 134 BGB; H.Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 175 definiert als "Blankettnorm eine Norm, welche nur die Rechtsfolge bestimmt, während sie die Ausfüllung des Tatbestandes dem Rechtsgefühl des Richters" überlasse.) Im Rahmen dieser Arbeit wird ein enges Blankettnormverständnis vertreten, weil nur so die Typik - der Rekurs auf außer- und vorrechtliche Maßstäbe - vorrangig zum Ausdruck kommt.

693 C.W.Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, 1995, der Generalklauseln als Auftrag zu einer auf empirische Tatsachen gestützten Rechtsfortbildung durch Gerichte begreift, bejaht die Revisibilität der Rechtsfortbildungs"tatsachen" (S. 364, 404, 435).

*dungsdeterminantes*⁶⁹⁴ Verfassungsrecht. Fraglich ist dann nur, *inwieweit* das Verfassungsrecht außer- oder vorrechtliche Sitten, die Private „verfassen“, verfassungswidrig macht; ob also auch Sitten an privaten Freiräumen Anteil haben können. Hier stellt sich unter neuen Vorzeichen das Problem der Drittwirkung der Grundrechte (dazu siehe unter 6 g). Diesseits dieser zwingenden, verfassungsrechtlichen „Vor- und Nachgaben“ ermittelt das Gericht die guten Sitten aufgrund außer- und vielleicht vorrechtlicher Sachverhalte, Wertungen und Interessenabwägungen.

bb) Blankettnorm und meinungsfreiheitlicher Bestimmtheitsgrundsatz?

a) *Öffnungsklausel*

„Gute Sitten“ sind nach diesem Verständnis ein nicht auslegungsfähiger, sondern sinnerfüllungsbedürftiger Begriff. Durch die Verweisung hätte der Gesetzgeber Öffnungsklauseln für die Wirklichkeit geschaffen.⁶⁹⁵ „Gute Sitten“ seien *außerrechtliche Maßstäbe*⁶⁹⁶, deren Erkenntnis im Rahmen von § 1 UWG methodisch (hinsichtlich ihrer Feststellung) und materiell „nur“ verfassungsrechtlich *überprüft* werden können. Sie dürften nicht positivistisch durch normative Selbstreferenz ignoriert werden und überließen deshalb den **Grundrechten nur die Funktion einer Begrenzung der Sinnerfüllungsverantwortung** - letztendlich der des Gerichts.⁶⁹⁷ Dieses Blankettnormverständnis weist die größte Nähe zum syllogistischen Schlußdenken auf und hat eine Einengung des prozeduralen wie materiellen „Entscheidungsspielraums“ der Rechtsprechung zur Folge.

β) *Blankettnorm und der „Bestimmbarkeitsgrundsatz“ in der Rechtsprechung des BVerfG*

Das BVerfG hat der Rechtsprechung eine hohe Konkretisierungskompetenz attestiert, und zwar nicht nur auf der materiellen, sondern auch auf der methodischen Ebene:

„Wie sie (die Gerichte) sich ihre Überzeugung von der Sittenwidrigkeit bilden, welche Erkenntnisquellen sie dabei benutzen, muß ihnen grundsätzlich überlassen bleiben.“⁶⁹⁸

Eine Rechtsprechung, die § 1 UWG im Sinne des Blankettnormverständnisses interpretiert, würde damit nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht am Bestimmtheitsgrundsatz scheitern. Bemerkenswert ist, daß auch der EuGH der (mit-

694 Hier wird in Anlehnung an das Lateinische "determinant" und nicht das in Wörterbüchern auffindbare "determinativ" verwendet.

695 W.Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S.368.

696 Zum damaligen Meinungsstand R.Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1932, S. 47.

697 W.Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S.370, der auch auf den drohenden Zirkelschluß bei einer Betroffenheit von Art.2 Abs.1 GG hinweist, der - wenn er zur Auslegung der Sittenwidrigkeit benutzt wird - seinerseits im Sittengesetz seine Schranken findet,

698 BVerfGE 31, 311, 317 f "Grabwerbung".

gliedstaatlichen) Rechtsprechung ähnliche Kompetenz - jedenfalls bei der Feststellung der Irreführungsgefahr - zutraut⁶⁹⁹:

γ) *Meinungsfreiheitlicher „Bestimmtheitsgrundsatz“*

Ausgangspunkt der Beurteilung, ob es sich bei § 1 UWG *formell* um ein verfassungsgemäßes, „allgemeines Gesetz“ (Art. 5 Abs. 2 GG) handeln kann, ist der meinungsfreiheitliche Bestimmtheitsgrundsatz. Entgegen der überwiegenden BVerfG-Rechtsprechung handelt es sich hier nicht um eine Prüfung des allgemeinen, rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, sondern um einen speziellen, aus dem betroffenen Grundrecht zu entwickelnden Grundsatz der Normenklarheit.⁷⁰⁰

Die Notwendigkeit dieser grundrechtsspezifischen Entwicklung zeigt sich gerade am Blankettnormverständnis. Methodisch und damit auch inhaltlich wird der Entscheidungsspielraum staatlicher Gerichte verengt. *Einer* Ratio des Meinungsfreiheitsrechts könnte so Rechnung getragen werden:

„Nicht die sittlichen Wertvorstellungen und ein mehr oder weniger liberales Wirtschaftsverständnis der entscheidenden Richter“⁷⁰¹

(und damit staatlicher Organe) sind dann für die Regelung des Kommunikationsprozesses maßgebend, sondern die Auffassungen Privater. Dem meinungsfreiheitlichen Subsidiariäts - und Unbefangenheitsgrundsatz (siehe im 7. Kapitel), der dem Staat weitgehende Abstinenz im Kommunikationsprozeß auferlegt, würde ein solches Blankettnormverständnis am nächsten kommen. Es ist auch *die* Methode der Ermittlung des Inhalts der *guten Sitten, die dem Wortlaut von § 1 UWG am nächsten kommt*.

Die Theorie von der Öffnungsklausel zur Wirklichkeit ist indes nach übereinstimmender Literaturmeinung mit einer Analyse der ständigen Rechtsprechung (des BGH) im Wettbewerbsrecht *nicht* zu vereinbaren. Meinungsumfragen - und solche wären zwingend immer dann notwendig, wenn nicht bereits gesicherte Umfrageergebnisse vorliegen - sind in der Praxis die Ausnahme, die richterliche „Subsumtion“ der Sittenwidrigkeit die Regel⁷⁰². Die BGH-Praxis *allein* ist allerdings kein überzeugendes Argument - für diese Rechtsprechung sprechen aber die Entscheidungsdauer der Verfahren, die im Werberecht möglichst kurz sein soll, um Gewinne aus wettbewerbswidrigen Handlungen zu minimieren bzw. Gewinnchancen aus wettbewerbsgemäßen Werbungen möglichst zu erhalten; die Schwie-

699 EuGH Urt.v.16.7.1998 Rs. C-210/96 Gut Springenheide GmbH u.a./Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt; siehe bereits unter I 4 h cc).

700 Ph.Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, 401.

701 E.Ullman, Der Verbraucher - ein Hermaphrodit, GRUR 1991, 789, 791, der dies wegen der Werteordnung der Verfassung als hinnehmbar erachtet, ohne wirklich zu überprüfen, inwieweit diese Werteordnung gerade solche Generalklauselverständnisse eben nicht zuläßt. Kritik an diesem engen Zirkelschluß ebenfalls bei W. Hoffmann-Riem, ZUM 1996, 1, 8.

702 W.Hoffman-Riem, ZUM 1996, 1, 6 m.w.N. Grundsätzlich gegen die Maßgeblichkeit einer Verkehrsauffassung oder von gelebtem Verhalten im geschäftlichen Verkehr H. P.Splithoff, Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht, 1992, S.84 f.

rigkeiten des empirischen Nachweises von Verkehrsauffassungen⁷⁰³ (auch unter Zuhilfenahme von Umfragen) und rechtsökonomische Überlegungen zum Kostenrisiko bei Unterlassungsklagen, deren Erfolg kostenintensive Beweiserhebungen mit entsprechendem Kostenrisiko beinhalten.

cc) Blankettnormverständnis als Verstoß gegen die Meinungsfreiheit

Über diese rechtspragmatischen Überlegungen hinaus läßt sich grundsätzlich die Frage stellen, *welcher Anwendungsbereich für empirische Feststellungen der guten Sitten bei einem verfassungsrechtlichen Schutz von Werbung in Art. 5 GG noch bliebe.*

a) *Entbehrlichkeit empirischer Nachweise bei objektiv entscheidungsdeterminantem Verfassungsrecht*

Bei der Beurteilung der Ergebnisrelevanz des Blankettnormverständnisses sind folgende Fallgestaltungen zu unterscheiden:

(1) *Objektiv determinantes Verfassungsrecht.*⁷⁰⁴ Dann, wenn Grundrechte eine bestimmte Sittenwidrigkeitsfeststellung bereits determinieren, könnte der Rekurs auf rechtliche Argumente kostspielige Umfragen entbehrlich machen.⁷⁰⁵ Das wird selten der Fall sein, ist aber nicht ausgeschlossen.⁷⁰⁶

Ein Beispiel ist die Fallgruppe der negativen Rezipientenfreiheit bei unverlangten Telefaxen (siehe im 7. Kapitel) oder des Integritätsinteresses bei der Werbung für gefährliche Produkte.

(2) *Kein objektiv determinantes Verfassungsrecht.* Nur dann, wenn die Grundrechte einen „Sinnerfüllungsspielraum“ des Gerichts tolerieren, könnte *vorrangig* eine Feststellung der konkreten „guten Sitten“ verlangt werden. Diese Feststellung setzt faktisch voraus, daß die Entwicklungen nicht so neu sind, daß sich *noch keine Sitten gebildet haben* (können) und zumindest ein *Bewußtsein der beteiligten Verkehrskreise* existiert⁷⁰⁷. Selbst wenn Konventionennormen soziologisch-empirisch nachgewiesen werden können - wobei hier die notwendige prozentuale Mehrheit immer umstritten sein dürfte - bedarf es bei Einschlägigkeit der Meinungsfreiheit der Überprüfung des so gefundenen Ergebnisses im Wege des Wechselwirkungsansatzes.

703 Einen Überblick bietet H. P.Spliethoff, Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht, 1992, S. 151-181.

704 Zur subjektiven Entscheidungsdeterminanz siehe unter d aa).

705 Zu diesem Ergebnis kommt auch C.W.Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S.242 am Beispiel der Ausbildung eines allgemeinen Rechtsgedankens in § 74 a HGB und einer hypothetischen unmittelbaren Drittwirkung.

706 G.Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S.227 skeptisch gegenüber einer solchen Klärungsfähigkeit divergierender Grundrechtspositionen.

707 Dazu, ob es sich um das Verhalten oder die Meinung der beteiligten Verkehrskreise handelt H. P.Spliethoff, Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht, 1992, S. 78 f, der eine Gesinnungsneutralität ablehnt - obwohl es doch auf das Anstandsgefühl ankommt.

β) § 1 UWG als allgemeines Gesetz unter Zugrundelegung der Kombinationsformel des BVerfG

Das „allgemeine Gesetz“ hat nach der Rechtsprechung des BVerfG zwei Komponenten: es darf sich nicht um spezifisches Meinungsinhaltsrecht handeln und die Einschränkung der Meinungsfreiheit darf nicht zum Schutz eines (Rechts-)guts erfolgen, das nicht mindestens gleichwertig zum Rechtsgut der Meinungsfreiheit ist (dazu siehe im 7. Kapitel). Bei § 1 UWG kann angenommen werden, daß das UWG

„das Verhalten der Marktteilnehmer, die miteinander im Wettbewerb stehen, in den Bahnen des Anstands, der Redlichkeit und der guten kaufmännischen Sitten halten kann.“⁷⁰⁸

Damit handelt es sich nach der bereits zitierten BVerfG-Entscheidung grundsätzlich nicht um Meinungsinhaltsrecht; auch wenn das UWG *Auswirkungen* auf die Zulässigkeit von Meinungsinhalten hat. Etwas anderes gilt aber bei einem Blankettnormverständnis: Private könnten dann durch ihre Verkehrsauffassung oder -übung die Meinungsfreiheit anderer nahezu *konstitutiv*⁷⁰⁹ beschränken. Bei dieser Ermittlungsform der „guten Sitten“ bestimmt dann die Mehrheit⁷¹⁰ über das Sprachrecht der Minderheit. Und dann könnte man bei § 1 UWG nicht mehr von einem allgemeinen Gesetz ausgehen, weil die Einschränkung von Minderheitsmeinungen gerade nicht „allgemein“ ist. Die Entscheidung der Majorität der beteiligten Verkehrskreise eine bestimmte Werbeform (selbst) *nicht einsetzen* zu wollen, entschiede dann über den Inhalt des kommerziellen „Diskurses“ (der Werbungen).

Ein Beispiel ist Fall I („ölverschmutzte Ente“): Auf der einen Seite gibt es einen starken, „positiven Öko-trend“ in der Werbung, der sogar dazu führt, daß ökologisch problematische Produkte wie Kraftfahrzeuge mit positiven Umweltassoziationen beworben; auf der anderen Seite steht Benetton mit seiner realitätsnahen, negativen Umweltwerbung in der Minderheit. Eine hypothetische Umfrage könnte deshalb - vor allem wenn sie unter Mitbewerbern durchgeführt wird - sehr schnell dazu führen, daß Fall I als Sittenverstoß zu bewerten ist.⁷¹¹ Vor allem auch deshalb, weil potentielle Nachahmer sich keinen Anteil an den Profilierungsgewinnen des Schrittmachers Benetton versprechen können. Für die beteiligten Verkehrskreise ist die Nachahmung so unattraktiv wie die Bewertung als Sittenverstoß attraktiv ist. Das Ergebnis, zu dem dieses Blankettnormverständnis gelangt, nämlich die Ausgrenzung von umweltbezogener Schockwerbung aus der Kommunikationspolitik ist dem Meinungsfreiheitsrecht, das möglichst meinungsinhaltsneutral sein will, fremd.

708 BVerfGE 32, 311, 316.

709 Das Gericht müßte bei einem entsprechenden Umfrageergebnis - wobei sicher auch noch zu klären wäre, welcher Personenkreis (Mitbewerber, Rezipienten) einschlägig wäre - die Existenz und den Verstoß gegen Sitten bejahen.

710 So schon K.Simitis, *Gute Sitten und ordre public*, 1960, S. 53 ff m.w.N.

711 Vorausgesetzt eine Umfrage scheidet nicht wegen der Neuheit negativer Umweltwerbung aus.

Auch die Einbeziehung der Rezipienten in die befragten Personenkreise würde die meinungsfreiheitliche Kritik am Blankettnormverständnis nur abmildern.

Man könnte erwägen, die Rezipienten - und nicht nur die Mitbewerber - zu befragen. Wenn diese die Werbung als schockierend und belästigend ablehnen würden, wäre auch dieses Ergebnis für eine Meinungsfreiheit fremd: Meinungsfreiheit ist gerade die Freiheit des Dominationsversuchs mit sprachlichen Mitteln - und ein Schutz des Rezipienten muß angesichts der Wertigkeit des Diskurses (vielleicht sogar einer Diskurschance) grundsätzlich zurücktreten. Gerade wenn also Rezipienten diese Werbung ablehnen, müßte sie aus kommunikationsprozessualen Gründen erst recht zulässig sein.

Empirisch nachweisbare „Sitten“ können damit allenfalls begründungstheoretisches accidens der Konkretisierung von § 1 UWG sein. Bei der - hier unterstellten - Einschlägigkeit der Meinungsfreiheit können sie nicht *konstitutiv* den richterlichen Erfüllungsspielraum verengen. Die Generalklausel „Sittenwidrigkeit“ läßt sich damit als *Verbot einer verfassungskonträren Konkretisierung*⁷¹² begreifen. Die konstitutive Konkretisierung durch „gute Sitten“, wie sie das Blankettnormverständnis fordert, wird nur im Einzelfall als alleiniges Konkretisierungskriterium ausreichen.⁷¹³ Auch der Wortlaut von § 1 UWG macht aus dieser Perspektive deutlich, daß es nicht auf die „Sitten“ sondern auf die „guten“ Sitten ankommt und „gut“ damit eine Bewertung voraussetzt. Der Inhalt der guten Sitten ist deshalb zu schreibendes, geschriebenes oder ungeschriebenes Recht. § 1 UWG wird zur „Generalklausel“.

f) „Gute Sitten“ als Generalklausel

„Gute Sitten“ sind damit ein *Rechtsbegriff*. Die anschließende Frage ist, welchen Einfluß das Verfassungsrecht auf seine Konkretisierung haben kann. Die naheliegendste Annahme wäre einer Identität von Sitten und grundrechtlicher Werteordnung.

aa) Identität von verfassungsrechtlicher Wertordnung und guten Sitten?

α) BVerfG- und BVerwG-Rechtsprechungsbeispiele

Das BVerfG in der Lüth-Entscheidung⁷¹⁴ und ihm folgend das BVerwG haben eine Identitätsthese vertreten. „Sittenwidrigkeit“ verweist nach der ersten BVerwG-Entscheidung zu Peep-Shows:

712 so auch K.v.Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, 1971, S.239, 241 f.

713 K.v.Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, 1971, S. 71 ff, 225 unter Darstellung der unterschiedlichen Meinungen zur Sittenwidrigkeit, der dem Wortlaut nur die Funktion eines "Alarmsignals" entnehmen will. Demgegenüber vertritt W.Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S.364 ff sieht § 1 UWG als den Verweis auf "Unnormierbares".

714 § 826 BGB verweist auf den Maßstab der guten Sitten. Es handelt sich hier nicht um irgendwie vorgegebene und daher (grundsätzlich) unveränderliche Prinzipien reiner Sittlichkeit, sondern um Anschauungen der "anständigen Leute" davon, was im sozialen Verkehr

„auf die dem geschichtlichen Wandel unterworfenen soziaethischen Wertvorstellungen, die in der Rechtsgemeinschaft als maßgebliche Ordnungsvoraussetzungen anerkannt sind....Der Kern des somit maßgeblichen soziaethischen Ordnungsgefüges bilden *die wertethischen Prinzipien, über deren Verbindlichkeit die Rechtsgemeinschaft im Verfassungskonsens befunden hat. Die Wertordnung des Grundgesetzes teilt sich dem Inhalt der Guten Sitten mit. Ein Verhalten, das einer im Grundgesetz verankerten Wertvorstellung widerspricht, verstößt gegen die guten Sitten*⁷¹⁵“.

β) *Gegenargument der Literatur: das „schärfere“ Verfassungsrecht*

Für das Privatrecht wird die Gleichstellung von Verfassungswidrigkeit mit Sittenwidrigkeit mit dem Argument abgelehnt, daß so die einfachgesetzliche Wertung von Sittenwidrigkeit

„zur Gänze durch die wesentliche schärfere Kontrolle an den Prinzipien der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ersetzt“⁷¹⁶

würde. Die pauschale These der schärferen Kontrolle durch das Verfassungsrecht überzeugt nicht ohne weiteres. Im Wirtschaftsrecht stehen sich angesichts der weiten BVerfG-Rechtsprechung zur allgemeinen Handlungsfreiheit wie auch zum Mietereigentum⁷¹⁷ nahezu immer mehrere Grundrechtsträger gegenüber. Die verfassungsrechtliche Prüfung bei kommerzieller Sprache erschöpft sich deshalb nicht im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern verlangt die Lösung von Kollisionen der Grundrechte *mehrerer* Rechtsträger - nämlich von Kommunikator, Rezipient und gegebenenfalls Mitbewerber. So wird mehr als *eine* Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich.⁷¹⁸ Bereits die Notwendigkeit einer Konkordierung (unterschiedlicher) grundrechtlicher Positionen kann dazu führen, daß die Verfassung weniger strikte Vorgaben machen und einen Entscheidungskorridor eröffnen kann, der von Gesetzgebung und Rechtsprechung zu konkretisieren ist. Neben diesem konstruktiven Argument ist für den Bereich der Sprache auch zu fragen, wie denn der Vorwurf der „Schärfe“ personal zuzuordnen ist: Die „Schärfe“ gegenüber dem einen (Rezipienten, Mitbewerber) ist grundsätzlich die „Freiheit“ für den anderen (Kommunikator) - und umgekehrt.

zwischen den Rechtsgenossen "sich gehört".... Der Richter ... hat sich ... an jene grundsätzlichen Wertentscheidungen und sozialen Ordnungsprinzipien zu halten, die er im Grundrechtsabschnitt der Verfassung findet" (BVerfGE 7, 198, 215).

715 Unter Hinweis auf BVerfGE 7, 198 (215); BVerwGE 64, 274 (276 f) "Peep-Show". In einer späteren Entscheidung ist das BVerwGE von diesem Begründungsweg abgerückt, und hat auf die in der "Rechtsgemeinschaft *vorherrschende* Überzeugung abgestellt", die durch die Behördenpraxis, die Rechtsprechung und die Reaktionen der Öffentlichkeit "indiziert" werde: BVerwGE 84, 314, 318 "Peep-Show" (kritisch Ph:Kunig, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, 1.Band, Art. 1 Rn. 36) und später BVerwG Beschl.v.23.5.1995 NJW 1996, 1423, nach dem die Berufung auf demoskopische Gutachten, nach denen etwa die Hälfte der Befragten eine Unsittlichkeit ablehnen, nicht ausreicht.

716 C.W.Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S.209. Eine allenfalls argumentative Bedeutung der Verfassung bei der Konkretisierung von Generalklauseln nimmt W.Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196(1996), 1, 7 ff an.

717 Siehe zur Berücksichtigung der negativen Rezipientenfreiheit im 7.Kapitel.

718 J.Schwabe, Grundrechte und Privatrecht, AcP 185 (1985), S.6 am Beispiel des Lüth-Urteils.

Ein Beispiel ist die Werbung in Fall I („Ölverschmutzte Ente“), die nach der BGH-Rechtsprechung unzulässig und nach übereinstimmender, insbesondere verfassungsrechtlicher Literatur zulässig ist.⁷¹⁹ Anders als im Vertragsrecht, wo mit den Eingriffen in die Privatautonomie die Fähigkeit der Menschen, sich und andere zu verpflichten und zu berechnen, beschnitten wird, bewegt sich das Werbe-recht eher in der Parallele zum Deliktsrecht: *der Kommunikator bezahlt die Medien und der Mitbewerber und Rezipient haben sie zu ertragen - ohne daß sie sich dazu vorher explizit bereit erklärt oder verpflichtet haben.*⁷²⁰ Und daß die Werbung neben den Medien am ehesten die Möglichkeiten hat, viele Rezipienten zu belästigen und zu schockieren, kann unterstellt werden.

„Schärfer“ ist deswegen auf die Beurteilung Interventionskompetenz des Staates in die Werbung zu beziehen. Hier deutet sich insbesondere unter dem Regime von Art. 5 GG, wenn man ihn - anders als der BGH in den Fällen I und II a - zutreffend anwendet, tatsächlich eine entscheidende Milderung der Beurteilungsmaßstäbe an.

Ein Beispiel ist Fall I, wo Teile der Literatur unmittelbar auf die betroffenen Grundrechte rekurren und die dann festzustellende Grundrechtskollision als Konkretisierungselement für die guten Sitten verwenden. Weil es aber nach diesen Ansichten an einer Verletzung der negativen Rezipientenfreiheit fehlt, toleriert und fordert das Verfassungsrecht *Werbung mit der Realität* (wie in Fall I „Ölverschmutzte Ente“).^{721 722}

Die Einbeziehung grundrechtlicher Wertungen führt bei einem meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung zu einer weniger scharfen Intervention als die einfachgesetzliche Sittenwidrigkeit. Damit entbehrt die pauschale Feststellung der größeren Schärfe des Verfassungsrechts jedenfalls für den Bereich der Werbung an Substanz, wenn man von einem meinungsfreiheitlichen Schutz ausgeht.

γ) *Gegenargument der Literatur: die These von verfassungsrechtlichem Über- und Untermaß*

Ein überzeugenderes Argument gegen die Identitätsthese ist Kritik an einem Zirkelschluß bei der Gleichsetzung von „Sitten“ mit „Verfassung“. So ermöglicht die Annahme einer Identität keine Überprüfung der „Sitte“ anhand der „Verfassung“. Ein weiteres Argument ist der Wortlaut von § 1 UWG, der gerade nicht auf die grundrechtliche Werteordnung verweist. Das Fehlen einer solchen Verweisung wäre mit der vorkonstitutionellen Entstehung der Norm erklärbar, läßt aber auch den Schluß zu, daß der Gesetzgeber *andere* als die für den Staat geltenden Be-

719 W.Hofmann-Riem, ZUM 1996, 1,10; K.J.Grigoleit/J.Kersten, DVBl. 1996, 596, 605.

720 Das explizite Einverständnis, nicht-kommerziellen Meinungen ausgesetzt zu sein, fehlt zwar ebenfalls - und kann in einer idealtypischen Konsensgesellschaft als Kommunikationsgrundsatz und -prozeß allenfalls fingiert werden. Kommerzielle Sprache ist aber nicht wie nicht-kommerzielle Sprache Voraussetzung demokratischer Staatlichkeit.

721 H.Reichold, Unlautere Werbung mit der "Realität", WRP 1994, 219, 224 zu Fall I.

722 Bei Fall II muß man von dem vom BGH völlig unzutreffend angewendeten "Menschenwürdeargument" absehen. Hierzu W.Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1, 10 f, der darauf hinweist, daß sich Aidsgruppen mit der HIV-Werbung wegen ihrer diskussionsanstößenden Wirkung identifiziert haben.

schränkungen zulassen wollte. Zudem verkennt die Identitätsthese die *Übermaß- und Untermaßfunktion*⁷²³ der Verfassung in Bezug auf das einfache Recht, das das Handeln und die Sprache von Privaten untereinander regelt. Zunächst führt der Prozeß der Konkordierung von Grundrechten zumindest prozedural zu einer Abschwächung der Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts.

Wenn der Staat in das Grundrecht eines Rechtsträgers eingreift, dann steht grundsätzlich ein Grundrecht zur Prüfung. Die Auswirkungen dieses Grundrechtseingriffs für die Rechtssphären anderer (etwa der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG, der Mitbewerber und deren Chancen auf wirtschaftliche Betätigung) werden nur insoweit in die Prüfung einbezogen, als sich positiv und konkret eine Schutzpflicht ermitteln läßt, die die Einbeziehung in den Konkordierungsprozeß verlangt. Bei der Werbung handelt es sich oft um Kommunikations- versus Rezipientenrechte und allein die Existenz dieser Aufgabe relativiert in vielen, nicht in allen, Fällen die Entscheidungskraft des Verfassungsrechts zu einer konkreten Abwägungslösung.

So verlangt die Verfassung *materiell* ein Mindestmaß an Schutz von Grundrechten⁷²⁴ und statuiert so einen *Mindestinhalt* sowohl der Freiheit der kommerziellen Sprache (Art. 12 GG) als auch des Schutzes von Rezipienteninteressen durch die Konkretisierung der „guten Sitten“ (seien diese in Art. 2 Abs. 1⁷²⁵ oder Art. 5 Abs. 1 GG geschützt) - „*Untermaßfunktion*“⁷²⁶ ; zum anderen begrenzt die Verfassung den Schutz, der der kommerziellen Sprache (Art. 12 GG) und den guten Sitten, und den mit ihnen geschützten Rezipienteninteressen (Art. 2 und 1 GG) angediehen werden kann - „*Übermaßfunktion*“. Unter der Annahme des Schutzes von kommerzieller Sprache nach Art. 12 GG, der einem gesetzlichen Ausgestaltungsvorbehalt (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) unterliegt, kann ein Entscheidungskorridor, wie in der beiliegenden Übersicht skizziert, entstehen.⁷²⁷ Die Konkretisierungen, die zwischen den beiden Untermaßverboten möglich sind, erklären sich zum einen durch den Schutz der Allgemeinwohlbelange - wie des Schutzes des Wettbewerbs als „Institution“ - der die Rechte des Kommunikators dann beschränken kann, wenn die Gefahr der Nachahmung besteht:

723 Begriffe wie C.W.Canaris, AcP 184 (1984) 201, 228 (?). Für die nur punktuellen und impulsgebenden Aussagen der Verfassung K.Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 40 f

724 Etwa der Schutz vor subliminaler Werbung nach Art. 1 Abs. 1 GG (dazu siehe unter I 4 a).

725 Zum verfassungsrechtlichen Schutz von Äquivalenz-, Integritäts- und Rezipienteninteresse siehe im 7.Kapitel.

726 Dazu siehe unter d bb).

727 Auch die Kommunikation hat an Themen der Integrität der Rezipienten, der Aufklärung über den (Verwendungs-)wert von Produkten (Äquivalenzinteresse) und die Adressierung möglichst vieler Rezipienten zu möglichst vielen Orten und Zeiten Interesse. Die Größe der Kästchen beim Kommunikator deutet sehr schematisch die rechtliche Bewertung solcher unterschiedlicher Strategien an. Selbstverständlich gibt es auch Kommunikation, die weder zum Äquivalenz noch zum Integritätsinteresse Stellung nimmt. Sie wurde als "andere Kommunikation" betitelt; die rechtlich geschützten Interessen der Rezipienten müßten hier ermittelt werden; vielleicht sind es nur auch Allgemeinwohlbelange, die per se keinen grundrechtlichen Schutz genießen und nur reflexiv eine Grundrechtsbeschränkung rechtfertigen können.

„Werbemaßnahmen, die dem Leitbild des Leistungswettbewerbs widersprechen, und einen gewissen Unwertgehalt aufweisen, brauchen deshalb noch nicht gegen die guten Sitten im Wettbewerb zu verstoßen, wenn sie nur vereinzelt vorgenommen werden und in ihren Auswirkungen die Mitbewerber, die Verbraucher und die Interessen der Allgemeinheit kaum spürbar beeinträchtigen. Das Bild kann sich jedoch ändern, wenn die Mitbewerber die Werbemaßnahme ihrerseits übernehmen. Dann kann die dadurch eintretende Übersteigerung zur Ausschaltung des Leistungswettbewerbs und zu Auswüchsen im Wettbewerb führen, die wegen ihrer Gemeinschaftsschädlichkeit nicht mehr hingenommen werden können. Um den Eintritt eines solchen Zustandes zu verhindern, gewinnt der Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr Bedeutung.“⁷²⁸ **Die Nachahmungsgefahr war ein Grund dafür, daß die Werbung mit einem Photo von Kinderarbeit in der Werbung untersagt wurde.**⁷²⁹

Bei dieser Nachahmungsgefahr werden die Grundrechte der Rezipienten nicht so beeinträchtigt und/oder gefährdet, daß eine Konkordierung von Kommunikations- und Rezipientenrecht unmittelbar zur Beschränkung der Kommunikationsfreiheit führt. Verantwortlich für die Beschränkung sind hier Allgemeinwohlbelange. Ein zweiter Grund, weshalb es diesen Entscheidungskorridor geben kann, ist die Erkenntnis, daß die Generalklausel auch „Rechtssetzungsbefugnisse“ beinhalten muß. § 1 UWG ist eine Generalklausel, die anders ihrem Ziel nicht gerecht werden kann: nämlich der Flexibilität und der Pragmatik, die das Wirtschaftsleben verlangt. Insoweit hat die Rechtsprechung auch (teilweise) Anteil an der Beurteilungs- und Entschließungsfreiheit des Gesetzgebers.⁷³⁰ Der Anteil, den die Rechtsprechung hier beanspruchen kann, wird im Einzelfall sehr oft kritikwürdig sein und muß hier auch nicht angegeben werden. An der Erkenntnis, daß eine Generalklausel auch Rechtssetzungsbefugnisse delegieren muß, verändert die Diskussion en detail nichts. Im 7. Kapitel wird zu diskutieren sein, inwieweit dieser Konkretisierungskorridor beim Schutz von kommerzieller Sprache nach Art. 5 Abs. 1 GG grundsätzlich verengt oder weiter zulasten der Rezipienten ausgedehnt werden müßte.

Es gibt Szenarien, in denen sich der Konkretisierungskorridor auf eine Entscheidung verengt. Bei dieser **objektiven Entscheidungsdeterminanz wird entweder das Untermaß verfehlt, oder es entsprechen sich die Untermaßfunktionen von Kommunikations- und Rezipientenfreiheit**⁷³¹: **es gibt dann nur einen Weg.**

Ein Beispiel ist Fall I („Ölverschmutzte Ente“) bei dem die Unterdrückung von (medial dargestellter) Realität verfassungswidrig ist und damit „Sitten“ auf diesem vermeintlich hohen Niveau nicht schützbar sind. Gerade wenn man den Ausgangspunkt des BGH teilt, handelt es sich um eine geschützte Meinung, weil auch die Abbildung einer Tatsache meinungsbildend ist (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG).

728 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl, Einl. UWG Rn. 123

729 BGH Urt. v. 6.7.1995 NJW 1995, 2490 f "Kinderarbeit".

730 BVerfGE 77, 84, 106; 37, 1, 20; 30, 292, 317 zur Freiheit des Gesetzgebers bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen.

731 Zur Beurteilung von Fall III siehe 7. Kapitel.

Die Rezipienten werden durch diese „normale“ Werbung weder in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt noch übermäßig belästigt.⁷³² Die Verfassung stellt für die Rezipientenfreiheit hier kein Untermaßgebot auf. Der Schutz des Geschmacksempfindens der Richter, die meinungsfreiheitlich geschützten Unternehmen die Assoziation mit Bildern untersagen wollen, die sich nicht auf ihre Produkte beziehen, hat keinen Verfassungsrang. Auf den Leistungswettbewerb als Allgemeinwohlbelang, der im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 GG vielleicht berücksichtigt werden könnte, beziehen sich die Richter nicht.

Etwas anderes gilt nach hier vertretener Ansicht, wenn Sprache nicht vom Tun getrennt wird und Art. 12 GG Prüfungsmaßstab ist. Hier können Kriterien der Nachahmungsgefahr *wie auch die Gefahr der unerwünschten Wirkungen kommerzieller Sprache, die zu einer emotionalen Individualisierung im Vergleich zu sonst vergleichbarer Produkte führen*, berücksichtigt werden (dazu siehe 7. Kapitel).

Eine ähnliche Würdigung verdient die Behandlung der Kinderarbeitsanzeige durch den BGH, der sich entscheidend auf die Nachahmungsgefahr stützt. Für eine Meinung ist der größte Erfolg, daß sie möglichst viele teilen und verinnerlichen und besten Falls nachsprechen. Wenn also Benetton eine solche Trendsetter-Stellung auf dem Markt der Werbeideen besetzen kann, dann handelt es sich um den genuinen Erfolg der Meinung. Das Untermaß werblicher Meinung ist evident unterschritten,

Formell enthält die Verfassung für die Methode der Konkretisierung der Generalklausel darüber hinaus Bestimmtheitsanforderungen - auch wenn das BVerfG hier bei der Methodenwahl die verfassungsgerichtliche Überprüfung sehr einschränkt. Der *Raum*, der zwischen den Untermaßfunktionen für die einfachgesetzliche Rechtskonkretisierung durch die Rechtsprechung und Literatur bleibt, lenkt den Blick auf die *Methode* zur Konkretisierung der „guten Sitten“:

bb) Systematische Auslegung: Spezielle und nicht allgemeine Sitten?

Der Verhütung und Untersagung sittenwidrigen Verhaltens dienen privatrechtliche Gesetze wie das BGB und UWG einerseits (§§ 138, 826 BGB, 1 UWG) und öffentlich-rechtliche Normen wie etwa die GewO (§ 33 a Abs.2 Nr.2a GewO) andererseits. Diese Einheit in der normativen Vielfalt legt nahe, daß es immer um die *gleichen Sitten* geht, deren Beachtung in allen Bereichen menschlichen Lebens durchzusetzen ist (*Einheitsbetrachtung*). Gute Sitten wären dann, was eine staatliche und gesellschaftliche „Allgemeinheit“ lebt und als gut empfindet. Aus der Sicht der unterschiedlichen Fachgerichtsbarkeiten wird jedoch der Wortlaut der einzelnen Sittenschutzbestimmungen von der teleologischen Auslegung der einzelnen Gesetze dominiert. Und die Schutzobjekte einzelner Gesetze mögen differieren. Belegt wird diese Behauptung durch die personale Diversifikation, die der Begriff der „Sitten“ in unterschiedlichen Rechtsgebieten durch die Rechtsprechung erfährt: Soll es bei § 138 BGB noch auf das „*Anstandsgefühl aller Billig*

732 H.Reichold, Unlautere Werbung mit der "Realität", WRP 1994, 219.

*und Gerecht Denkenden*⁷³³ ankommen, so sind es bei § 1 UWG anfänglich *nur „die verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden oder Durchschnittsmenschen“*⁷³⁴ - historisch bedingt durch Judikate des Reichsgerichts, die bei § 138 BGB öffentliche Interessen bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit auch berücksichtigte und dies bei § 1 UWG ablehnten.⁷³⁵ Die BVerwG-Rechtsprechung stellt inzwischen auf eine *Mischbetrachtung* ab, die

- die Rechtsprechungs- und Behördenpraxis und
- die Reaktionen der *Öffentlichkeit*

für maßgeblich erklärt.⁷³⁶ In der jüngeren wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung ließ sich eine Annäherung an diese Mischbetrachtung des BVerwG finden, wenn der BGH einen Verstoß gegen die guten Sitten nicht nur dann annimmt,

„wenn es dem Anstandsgefühl der redlichen und verständigen Mitbewerber widerspricht, sondern auch dann, wenn die in Frage stehende wettbewerbliche Maßnahme von der *Allgemeinheit*, insbesondere von den durch die Werbemaßnahme angesprochenen Verkehrskreisen, mißbilligt und als untragbar angesehen wird.“⁷³⁷

Insgesamt ist aber die Rechtsprechung in den Fachgerichtsbarkeiten nach wie vor zersplittert, so daß sich aus einer ein- und ganzheitlichen Betrachtung keine Gewißheit über den Inhalt der guten Sitten erlangen läßt.

cc) Grammatische Auslegung: „Sitten“ und nicht „Sitte“

Der Wortlaut der zitierten Gesetze soll nahelegen, daß es sich nicht um die „Sitte“ - Singular - im Sinne einer (abstrakten) Ethik, sondern um die gelebten oder erkannten Sitten⁷³⁸- Plural - von Menschen handelt.⁷³⁹ Das Pluralargument wird damit zur Begründung der guten Sitten als Konventionalnormen verwandt. Dieses Wortlautargument hätte zur Folge, daß die „Sitten“ neben Moral, Ethik und Recht

733 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl. Einl. Rn. 66 (m.w.N.): "Aus den Motiven des BGB stammt die von der Rechtsprechung und vom Schrifttum zur Konkretisierung benutzt Formel: Den Maßstab für den Begriff der guten Sitten hat der Richter aus dem *herrschenden Volksbewußtsein* zu entnehmen, dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden".

734 BGH Urt.v.3.7.1981 GRUR 1982, 53, 55 "Bäckereizeitschrift" stellt auf den "redlichen Durchschnittsgewerbetreibenden der betreffenden Branche" ab; weiter sollen aber auch die Interessen von Lesern, Verlegern und Inserenten in die Einzelfallbewertung einfließen. A.Baumbach/W.Hefermehl, UWG, 19.Aufl., Rn. 71, 86, f m.w.N..

735 G.Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, S. 28.

736 BVerwGE 84, 314, 318 "Peep-Show".

737 BGH Urt.v.3.2.1988 GRUR 1988, 614 f "Btx-Werbung".

738 Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. Rn. 66 ff. Der Unterschied zwischen "Sitten" und "Sitte" wird dann deutlich, wenn Sitten nicht nachgewiesen werden könnten - weil sie sich noch nicht herausgebildet haben. Entweder ist die Norm dann nicht anwendbar, oder es wird zur Lückenfüllung auf die ethische Wertung zurückgegriffen, G.Schricker, S.202.

739 G.Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, S.202, der daraufhinweist, daß wer auf die gelebten Konventionalnormen abstellt eher einer statisch-soziologischen Betrachtung folgen wird und wer auf die Sitte als ethischen Appell abstellt eher zu einer rechtlich-wertenden Betrachtung findet.

bestehen und von diesen abzugrenzen sind⁷⁴⁰. Mit dieser Aufteilung ginge den Sitten ein ursprünglich konstitutives, metaphysisches Element verloren; sie würden zu im wesentlichen *quantifizierbaren, reflexiven und gelebten Verhaltensformen und- normen*, die nur dann einen Rückgriff auf die „Sitte“ verlangen, wenn sich etwa bei neuen Sprachformen keine einheitliche Behandlung und Bewertung in der Praxis nachweisen ließ.⁷⁴¹

Ein Beispiel wäre Fall I („Ölverschmutzte Ente“).

dd) „Sitten“ als Summe von Anstandsgefühl und gelebtem Verhalten

Nur das gelebte Verhalten der beteiligten Verkehrskreise soll nicht ausreichen⁷⁴²; es hat aber Indizwirkung. Idealerweise umschrieben:

„So integriert sich durch ständige („still wirkende“) wechselseitige Kommunikation aller an der Rechtsanwendung Beteiligten aus dem consensus omnium die vox populi als vox dei und ergibt ein inhaltlich übereinstimmendes *Wertbewußtsein*. Deshalb lag ein richtiger Kern darin, wenn die Gerichte diese Übereinstimmung bei den beteiligten Berufskreisen oder in gewissen Sitten und Gebräuchen aufzuspüren suchten. Dort findet man in der Tat Wertungen vor, die dem Richter ein Indiz geben, daß er auf dem richtigen Wege ist.“⁷⁴³

Hier soll es nicht auf das individuelle, sondern auf das von mehreren Menschen geteilte Anstandsgefühl⁷⁴⁴ ankommen. *Gute Sitten verlangen also auch einen Konsens*.

ee) Vielheit statt Einheit?

Einer solch idealen Genese der Sitten muß die Skepsis entgegengehalten werden, inwieweit nicht der Dissens das Ergebnis einer solchen Kommunikation sein wird und muß - anstelle eines Konsenses, der idealtypische Voraussetzung dieser *Sitten* ist. Die propagierte Einstimmigkeit ist, wie divergierende höchstgerichtliche Entscheidungen zum Verkauf von Kondomen aus Straßenautomaten zeigen, oftmals *factum* aber nicht *factum*⁷⁴⁵. Zudem mag es in einer pluralistischen Gesellschaft

740 U.Meyer-Cording, Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts - Grundsätzliches zu § 1 UWG, JZ 1964, 273, f. Zu den *im Ergebnis* nicht weiterführenden, mannigfaltigen Forschungen zum Verhältnis von Moral, Sitte, Sitten und Anstand siehe K.Simitis, Gute Sitten und ordre public, 1960, S. 3-21 m.w.N.

741 Ablehnend K.Simitis, Gute Sitten und ordre public, 1960, S. 53 m.w.N.

742 Innerhalb der Blankettnorm werden ähnliche Voraussetzungen wie für das Gewohnheitsrecht verlangt - nämlich die Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise von der Rechtsgeltung.

743 U.Meyer-Cording, Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts - Grundsätzliches zu § 1 UWG, JZ 1964, 273, 277.

744 R.Sack, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761, 767.

745 R.Sack, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761, 762 unter Hinweis auf BGHSt 13, 16, 18, f und BVerwGE 10, 164, 167, f. Kritisch bereits Baumbach, Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht, JW 1934, 1643, 1645: "Da die Mehrzahl der Menschen aus Unbegabten und Personen gering entwickelten Anstandsgefühls besteht ...".

sowohl an „Anstandsgefühlen“ als auch „Konventionalnormen“ deren mehrerer geben, und die Aufgabe bestünde eher in ihrer Konkordierung,⁷⁴⁶ denn ihrer Eliminierung durch die behauptete Existenz „eines“ Anstandsgefühls⁷⁴⁷.

Beispiele sind hier andere Geschäftssitten ausländischer Gewerbetreibender - Zugaberecht - wie auch unterschiedliche Betrachtungen zur Werbung mit (teilweise) entblößten Frauen; die Einbeziehung von Vielheit könnte damit in einigen Fallgruppen entweder zu einer *rechtlichen* Reduzierung der Sittenverstöße - Zugabe und Rabattrecht - führen und in anderen Bereichen zu einer *rechtlichen* Vermehrung - Werbung mit teilweise entblößten Frauen oder Männern.

Diese Vielheitsbetrachtung könnte auch Begründung für die (vorrangige) Konkretisierungsfunktion des Verfassungsrechts sein; weil dem Verfassungsrecht die Konkordierung von Rechten inhärent ist und damit der Verfassung nicht nur eine Funktion als Untermaßverbot⁷⁴⁸ bei der Wahrung von guten Sitten, sondern auch als Übermaßverbot zukommen kann.

α) *Wer gehört zum beteiligten Verkehrskreis?*

Hier wiederholt sich die Debatte um die Schutzobjekte des UWG. Sind die Anstandsgefühle

- der Mitbewerber,
- der Rezipienten und/oder der
- Allgemeinheit maßgeblich?

Ein historisches Rechtsprechungsbeispiel ist die Frage des Rechts zur Offenbarung jüdischer Beteiligungen und Mitwirkung an Unternehmen.

Die Mitbewerber werden - marktkonform - vielleicht gerade so werben wollen, so daß eine Verletzung *ihres* Anstandsgefühls nicht vorliegt. Die Rezipienten waren vermutlich geteilter Meinung - damals mag ein Teil der Rezipienten sehr am jüdischen „Ursprung“ von Waren interessiert gewesen sein; der andere Teil hat diese (leistungsfremde und) menschenverachtende Differenzierung zutiefst abgelehnt. Dieses Minoritäten/Majoritätenproblem steht einem Abstellen auf das Gefühl der Rezipienten entgegen. So kommt es auf Allgemeinwohlinteressen an - und hier

746 So bereits G. Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, S. 63. Zum Verhältnis von Sein und Sollen und der Aufgabe des Ausgleichs und der Angleichung H. Wagner, Zur Begründbarkeit moralischer Forderungen, in: E. Schmidt/H. Weyers, Liber Amicorum Josef Esser, 1995, S. 215, 230.

747 Dem trägt der Vorschlag von K. Simitis, Gute Sitten und ordre public, 1960, S. 170 ff, 197 Rechnung, der die Formel "gute Sitten" auf das Familienrecht beschränken und im übrigen auf einen "ordre public" Begriff rekurrieren will. Bereits die Arbeit von Simitis leidet an dem Mangel, daß ein unbestimmter Rechtsbegriff "gute Sitten" durch einen anderen "öffentliche Ordnung" ersetzt wird. Angesicht der novellierten Fassung von Art. 6 S.2 EGBGB wäre zudem der oben für eine Gleichsetzung mit dem Verfassungsrecht beschriebene Zirkelschluß unvermeidbar: Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

748 So H. Reichold, Unlautere Werbung mit der "Realität" WRP 1994, 219, 223 unter Berufung auf C.W. Canaris, AcP 184 (1984) 201, 228.

sprachen im Nationalsozialismus *vermeintliche* „Allgemeinwohlinteressen“ zuerst *gegen* ein Recht der Offenbarung jüdischer Kapitalbeteiligungen - befürchtete Kapitalflucht ausländischer jüdischer Kapitalgeber - und später *für* ein Recht auf Offenbarung - einheitliche Durchsetzung der Rassepolitik.⁷⁴⁹

Zuletzt bleibt deshalb nur die Erkenntnis, daß die (Er-)Kenntnis der Anstandsgefühle *personal und prozedural den Gerichten* anvertraut ist. Warum hier entweder alle Branchenangehörigen *oder* alle Menschen (einschließlich der Rezipienten und Konsumenten) maßgebend sein können, wird selbst anhand einer Schutzobjektargumentation⁷⁵⁰, die auch den Verbraucherschutz einschließt, nicht dezidiert beantwortet. Selbst wenn man aber den Kreis der maßgeblichen Personen überzeugend bestimmen könnte, dann wäre dennoch die Erfäß- und Belegbarkeit eines solchen Anstandsgefühls vergleichbar der Realität eines „durchschnittlichen Menschen“; nämlich nicht vorhanden.⁷⁵¹ Es drängt sich deshalb der Schluß auf, daß die Nicht-Quantifizierbarkeit des *Erkenntnisgegenstandes* mit diesen Formel gegen die Quantifizierbarkeit der *Erkennenden* ausgetauscht wurde. Diese Schwierigkeit mag einer der Gründe sein, die die Rechtsprechung dazu bewegen, eine auch materiell eigene, autonome Bewertung der Sitten durchzuführen.

β) *Rechtliche Wertung des Gerichts anstelle von Anstandsgefühlen aller?*

Mit bemerkenswerter Offenheit gesteht die BGH-Rechtsprechung nunmehr ein, daß es auf die Beurteilung des *Gerichts* und nicht vorgeblicher Durchschnittsmenschen, der Allgemeinheit oder der beteiligten Verkehrskreise ankommt.

„Soweit der Richter bei der Anwendung des Begriffs der guten Sitten auf das Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden abstellt, verwendet er dieses *symbolhaft* als Ausdruck *seiner rechtlichen Wertung*, die er unter

- (1) Berücksichtigung vorhandener Sozialnormen,
- (2) insbesondere der Wertprinzipien der Verfassung,
- (3) unter Abwägung der schutzwürdigen Interessen und Güter der Verkehrsbeteiligten vorzunehmen hat (Baumbach/Hefermehl, WettbewerbsR, 17.Aufl., Einl. UWG Rdn. 91)⁷⁵²

Diese Klarheit ist um so bemerkenswerter als der „Durchschnittsmensch“ in anderen zivilrechtlichen Bereichen die dezisionistische Wertung des Gerichts immer noch „verhüllt“.⁷⁵³ Die Ziffern 1-3 im obigen Zitat sind eingefügt; nach hier ver-

749 Dazu siehe unter 7.Kapitel.

750 A.Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., Einl. Rn.73,75.

751 G.Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, S. 199 spricht beim Rekurs auf die guten Sitten von einer Rechtsfrage die konsequenterweise als rechtliche Wertung revisibel ist.

752 Fall I ("Ölverschmutzte Ente").

753 So wenn es um die Wesentlich- und Ortsüblichkeit einer Immission (§ 906 Abs.1,2 BGB) im Nachbarrecht geht; vergleiche die Entwicklung des "normalen" zum "verständigen Durchschnittsmenschen" BGHZ 121, 248; BGH NJW 1984, 1242. Wie bei der Sittenwidrigkeit soll es sich hier nach M.Paroussis, Theorie des juristischen Diskurses, 1995, S.148 f,

treter Ansicht sind Sozialnormen von Wertprinzipien der Verfassung zu unterscheiden⁷⁵⁴, weil es sich bei letzteren immer um Rechtsprinzipien handelt während Sozialnormen diesen Rechtscharakter nicht teilen müssen. Allein durch diese Trias wird deutlich, daß, wenn dieses Gericht Grundrechte in seine Wertung einfließen läßt, diese Anwendung von einer *unmittelbaren Anwendung des Verfassungsrechts* zu unterscheiden ist.

γ) *Anstandsgefühl via juristischem Diskurs?*

Methodisch ist eine Unterschiedlichkeit der Ermittlung des Anstandsgefühls der beteiligten Verkehrskreise wie auch der Allgemeinheit auf der einen und der wesentliche subjektzentrierteren, rechtlichen Feststellung durch das Gericht auf der anderen Seite zu vermuten. Die Erkenntnisse der Diskurstheorie machen deutlich, wie beschränkt der juristische Diskurs ist - argumentativ durch Dogmatik und Präjudiz begrenzt⁷⁵⁵- so daß die Unmittelbarkeit von gelebtem „Anstand“ und „Gefühl“ - die bei den beteiligten Verkehrskreisen anzunehmen ist - (teilweise) verloren geht. Auch hat die forensische Behandlung der Rechtsfrage, die der richterlichen Entscheidung vorausgeht, mit der idealen Sprechsituation wenig gemein. Mit diesen Argumenten soll nicht versucht werden, „eine“ Diskurstheorie durch die konkrete Auslegung von Generalklauseln zu entwerfen. Die Anforderungen, die diese abstrakt an einen Diskurs stellt, stehen aber einer idealisierten Kommunikationsbehauptung - wie im obigen Zitat - entgegen.⁷⁵⁶ Die alte Forderung nach objektivierende Kriterien bleibt deshalb erhalten:⁷⁵⁷

ff) Selbstbindung an Grundsätze, Regeln und Prinzipien

Das in der jüngeren BGH-Rechtsprechung zum Tragen kommende Selbstbewußtsein der Richter, die dezisionistische Komponente der richterlichen Wertung offenzulegen, ersetzt aber wohl nicht das Konkretisierungselement, auf die sich die Rechtsprechung ständig gestützt hat: Der Schutz des „leistungsgerechten Wettbe-

151 um "extradiskursive, unbestimmte Begriffe" handeln, die allein der richterlichen Kompetenz überantwortet werden.

754 So auch die vom BGH zitierte Fundstelle bei Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., Einl Rn. 91

755 R.Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, S.263 ff zur Besonderheit des juristischen Diskurses. Zur Begrenzung der verfügbaren Argumente auf Dogmatik und Präjudiz Th.Drosdeck, Die herrschende Meinung - Autorität und Rechtsquelle - 1989, S.88 ff, der zwar nur zur herrschenden (juristischen) Meinung Stellung nimmt, dessen Ausführungen aber auch Indizcharakter für die richterliche Feststellung eines allseits vertretenen Anstandsgefühls haben. Insgesamt zum Diskursbegriff und seinem unterschiedlichen Verständnis M.Paroussis, Theorie des juristischen Diskurses, 1995, S.24 ff.

756 G.Struck, Zur Theorie der juristischen Argumentation, 1977, S. 117 zur fehlenden Übertragbarkeit auf den Begriff der herrschenden Meinung.

757 So der vielzitierte Satz von Baumbach: "Letzten Endes entscheidet darum das Anstandsgefühl älterer Richter in hoher Stellung, die das praktische Geschäftsleben ganz überwiegend nie kennen gelernt haben" JW 1930, 1643 f, der deshalb eine Unterteilung in wettbewerbsgemäße und wettbewerbsfremde Handlungen vornimmt (1645m.w.N.). Kritisch auch zur Diskursfähigkeit von Rechtsprechung bei Richtern R.Lamprecht, Diskurs im Recht, ZRP 1994, 181, 184.

werbs“ ist so dominierend, daß der Kommentar von Baumbach/Hefermehl jedem, der nicht den ethisch getönten Begriff der „guten Sitten“ verwenden will, den Sprachgebrauch „Wettbewerbswidrigkeit“ empfiehlt. So werde der „funktionelle Charakter der guten Sitten im Wettbewerb deutlich“.758 Reformbemühungen um die Generalklausel wie auch das Ergebnis der Rechtsvergleichung ergeben, daß „unfair competition“ oder „concurrence déloyale“ der Argumentation wesentlich näher stehen, als die „guten Sitten“.759 Das Abstellen auf den Leistungswettbewerb hat in der Praxis zumindest die Funktion einer Selbstbindung der Gerichte bei der Konkretisierung der Generalklausel und kann dem Orientierungsverlust, der durch die Aufgabe des Blankettnormverständnisses eintritt, entgegenwirken. Die Konsequenz der Einführung dieses Kriteriums ist aber auch, daß der Ausnahmecharakter der Sittenwidrigkeit aufgegeben wird, und durch die vielleicht eher zu bejahende Wettbewerbswidrigkeit ersetzt wird.760 Auf der anderen Seite kann das Abstellen auf die Wettbewerbswidrigkeit auch zu einer Erhöhung des Sittenstandards führen, weil die Sittenwidrigkeit nur dann zu bejahen ist, wenn sie zusätzlich als wettbewerbswidrig zu qualifizieren ist.

a) „Leistungswettbewerb“

Die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb761 gründet auf der These, daß die

„Beeinflussung des freien Willens der Kunden nur durch die *eigene* gewerbliche Leistung762“

erlaubt ist. Die Rechtfertigung dieses Postulat ist, daß die Vergleichbarkeit der Produkte notwendig ist, um hinzunehmende, wettbewerbsnotwendige von nicht hinzunehmenden, wettbewerbswidrigen Nachteilen, die einem Mitbewerber durch das Wettbewerbsverhalten eines anderen entstehen, zu unterscheiden: Wenn Produkte durch subjektive Kriterien so individualisiert werden, daß sie nicht mehr verglichen werden können, dann kann der Verbraucher seine Rolle im Markt nicht mehr durch die Auswahl des sachlich besten und preiswertesten Produkts - im Sinne des Leistungswettbewerbs - ausüben.763

Problematisch am Abstellen auf den „Leistungswettbewerb“ ist, daß ein unbestimmter Rechtsbegriff durch einen ebenso unbestimmten Wirtschaftsbegriff ersetzt wird. Der zeitlich *nach* einer Werbemethode eintretende Erfolg ist ein Indiz

758 Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. 68.

759 Mitteilungen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1997, 201f mit der Betonung der konservativen Stimmungen. A. Ohly, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 73 ff zum englischen Wettbewerbsrecht und der Ablehnung der Generalklausel.

760 K. Simitis, Gute Sitten und ordre public, 1960, S. 51.

761 Allgemein O. Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, 1996, S. 76-84.

762 V. Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl, 1990, S. 54 f.

763 Siehe zum Kriterium des "Leistungswettbewerbs" U. Wünnenberg, Schockierende Werbung - Verstoß gegen § 1 UWG?, 1996, S. 92 -106; 104.

für die Leistungsfähigkeit des werblichen Wettbewerbsbeitrags⁷⁶⁴, weil Erfolg ohne die Befriedigung von Bedürfnissen der Kunden nicht möglich ist.

Ihr, wie in den Fällen IV und V, a priori den Charakter einer sachlichen Werbung absprechen zu wollen, überzeugt deshalb nicht;⁷⁶⁵ insbesondere, wenn richterlich darauf abgestellt wird, ob ein Zusammenhang zwischen der Werbung und der Leistung besteht. Märkte, die Leistungen kombinieren, sollten sich grundsätzlich selbst definieren können und es mag ein Kundeninteresse an Burger-Produkten von Unternehmen geben, die Sozialeinrichtungen unterstützen. Umgekehrt, mag es dann Unternehmen geben, die Burger nach der „no-frills Maxime“ - hauptleistungskonzentriert und um den Spendenbeitrag ermäßigt - billiger verkaufen. Die Fokussierung der Rechtsprechung auf den Leistungswettbewerb ignoriert einseitig Präferenzen der Kunden; so sind Werbespots für Autos, die ein einzelnes Fahrzeug in sonst unberührter Natur zeigen und damit Umweltschönheit für sich verwenden, tägliche Realität, während die Werbung mit dem Fahrkostensponsoring in Fall V vom BGH untersagt wurde. Kunden beider Umwelt“werbungs“aktionen werden durch die Positionierung des Produktes in oder mit dem Umwelt(schutz) beeinflusst - nur die erste Form der Kundenpräferenz, die untechnisch gesehen an Irreführung grenzt, ist zulässig; die zweite, die aktiv eine, wenn auch vielleicht nur kleine, Chance für die Umwelt bietet, ist unzulässig.

Ganz grundsätzlich wendet sich ein Teil der Literatur gegen die Doktrin der Vergleichbarkeit der Produkte als Voraussetzung der Entscheidung des Konsumenten: Was wirtschaftspolitisch unerwünscht sei, müsse nicht sittenwidrig sein.⁷⁶⁶ Der Gestaltungsauftrag an die Rechtsprechung werde durch das Abstellen auf den Leistungswettbewerb unzulässig erweitert (Argument der richterlichen *Rechtssetzungsbefugnis*; siehe oben unter 6 d bb). Hinter der Verwendung des Arguments des Leistungswettbewerbs stecke die These, daß der Einsatz des manipulativen Potentials moderner Werbetechniken zur Manipulation der Nachfrage und damit zum Verlust eines zentralen Steuerungsmechanismus führe; diese These werde aber von der Rechtsprechung nicht belegt.⁷⁶⁷ Die Kritik in der Literatur begründet als Extremvorstellung die „*Moral der offenen Märkte*“ mit der Spieltheorie und dem Axelrodschen Gefangenendilemma.⁷⁶⁸ Tenor ist die Forderung nach Nicht-intervention wegen der (darwinistischen) Selektions- und Selbstregelungsmacht der Märkte. Die Folge einer solchen Betrachtung ist die - wie bei der Leistungs-

764 Beispiele von V.Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, S. 55 Denn, auch wenn Preisunterbietung und -werbung evident zum leistungsgerechten Wettbewerb gehört, so wird sie dann untersagt, wenn sie in Vernichtungsabsicht erfolgt. .

765 Siehe weitere Beispiele der gefühlsbetonten Werbung A.Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 Rn. 186.

766 U.Meyer-Cording, Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts - Grundsätzliches zu § 1 UWG, JZ 1964, 310,f.

767 Th.Sambuc, Folgenerwägungen im Richterrecht, 1977, S.120 f.

768 Eingehend zu unterschiedlichen Wettbewerbskonzepten (S. 24 ff) wie auch zur Feststellung der wettbewerbspolitischen Neutralität des UWG Th.A. van Dorp, Die Erfassung der Beeinträchtigung des Wettbewerbs als unlauterer Wettbewerb nach § 1 UWG, 1993, S. 150 ff. Nachweise bei B.Schünemann, UWG Großkommentar, Einl.D38-40 und Fn.74. Zum Gefangenendilemma R.Trapp, „Nicht-klassischer“ Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit; Philosophische Abhandlungen, 55, 1988, S. 224 ff.

wettbewerbsargumentation - im Gegensatz zum Wortlaut der Norm stehende Verbannung jeglichen Sittenmoments bei § 1 UWG.

Fall III („Schlüpferstürmer“; „Busengrapscher“) wäre deshalb im Ergebnis unzutreffend entschieden, weil der Markt sich entscheiden kann, ob solche Produkte abgenommen werden und/oder die Konsumenten dieser Produkte einen Imageverlust aufgrund medialer und gesellschaftlicher Gegenrede hinnehmen müssen. Nach hier vertretener Sicht hat der BGH zutreffend entschieden, weil es sich um ein - wenn auch seltenes - Beispiel handelt, bei dem die „Sitten“ Aussagekraft haben können. Die Argumentation der „Offenheit der Märkte“ überzeugt nach hier vertretener Meinung nicht, weil jeder Rezipient gezwungen wird, diese Werbung zu tolerieren (siehe dazu im 7. Kapitel). Anders als bei der Entscheidung über die Abnahme des Produkts, die der Konsument trifft, ist der Rezipient der Werbung mit der Vermeidungslast beschwert.

Überträgt man diese Auffassungen, die für „Wettbewerbshandlungen“ entwickelt wurden, auf die kommerzielle Sprache, dann entspräche ein solches Verständnis eher einem noch nachzuweisenden Grundsatz der (unbeschränkten) Gegenrede, denn der bisher judizierten Beschränkung. Die Offenheit des Marktes verlangt dann auch eine Offenheit der Sprache; diese wird aber auch durch die „Richtlinie zur vergleichenden Werbung“ nicht eröffnet.

So soll der Vergleich bei Waren mit Ursprungsbezeichnung nur mit Waren zulässig sein, die die gleiche Ursprungsbezeichnung haben (Art. 1 Abs. 4 lit. f), so daß der Vergleich von Prosecco mit Champagner, von Barolo mit Bordeaux, an denen der Konsument interessiert wäre, auch zukünftig untersagt ist. Auch der Vergleich exklusiver Duftwässer mit zulässigen „Nachahmungen“ wird in Zukunft unzulässig bleiben, weil eine Ware als Nachahmung einer Ware mit geschützter Marke oder geschütztem Handelsnamen dargestellt wird (Art. 1 Abs. 4 lit. h).

Auch Meinungen, die auf eine „Moral der offenen Märkte“ (Paradoxon?) hoffen, müssen „Entgleisungen“ Rechnung tragen, die gerade im Recht der kommerziellen Sprache allein durch die vorrangig *organisatorisch* (Fusionskontrolle) und *verhaltensmäßig* orientierten Befugnissen des Kartellrechts nicht Rechnung getragen werden können. Hier soll auf das „Mißbrauchskriterium“ rekuriert werden.⁷⁶⁹ Gerade ein solches Kriterium mag sich aber für die Behandlung vorgeblich meinungsfreiheitlich relevanter kommerzieller Sprache erst recht nicht eignen⁷⁷⁰ - vor allem wenn man die Exklusivität der Verwirkung in Art. 18 GG in die Bewertung einbezieht.

Der Leistungswettbewerb als Prinzip, dessen Optimierung bei § 1 UWG angestrebt werden soll, hat in der Rechtsprechungspraxis eine Reihe von Differenzierungen und Spezifizierungen erfahren; eine bisher in der Verbreitung nicht übertroffene, systematische Darstellung findet sich im UWG-Kommentar von Baum-

769 B.Schünemann, UWG Großkommentar, Einl. D47, 49. .

770 Siehe dazu J.Neumayer, Werbung der Versicherungen, 1993, S. 154 der die gesetzlich am Mißbrauch orientierte Aufsicht des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungswesen (§ 81 Abs.2 VAG) als verfassungswidrig qualifiziert.

bach/Hefermehl.⁷⁷¹ Die Spezifizierungen brauchen hier nicht insgesamt dargestellt zu werden, hervorzuheben ist aber die „Gefühls- und Vertrauensausnutzung⁷⁷²“ zu der die Fälle (I-V) gezählt werden können. Diese Differenzierungen und Spezifizierungen sind methodisch deshalb hervorhebenswert, weil sich das auf sie stützende und sie kreierende Präjudizienrecht so kategorisieren läßt und deshalb der Vorhersehbarkeit wie auch der Rechtssicherheit (bei Selbstbindung des Gerichts an diese „Unterprinzipien) mit ihnen begründen lassen.

β) *Terminologie: Prinzipien, Regeln und „Grundsätze“*

Die Generalklauseln sind Erweiterungen der Entscheidungskompetenz der Gerichte; der Grundsatz ist genauso unstrittig wie die Details strittig sind (siehe zur Gesetzesfortbildung und zur Rechtssetzungsbefugnis 6 d bb). Grundsätzlich stehen auch bei der Generalklausel grammatische und systematische Auslegungsoptionen zur Verfügung. Nach der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung ist bereits der Wortlaut von § 1 UWG - jedenfalls für die Mehrzahl der Fälle (eine Ausnahme ist etwa Fall III „Schlüpferstürmer“) - irreführend, wenn statt der Sitten auf den Leistungswettbewerb abgestellt wird. Die „guten Sitten“ lassen bei unvoreingenommener Betrachtung grammatisch (und systematisch) nicht errahnen, daß sie zutreffender Sprache - die nach Auffassung des BGH als Meinung geschützt werden soll - in den Fällen I, II, IV und V entgegenstehen.

Die wahrheitsgemäße Abbildung und Darstellung der Realität - es gibt Ök Katastrophen, Diskriminierung gegen Aids-Kranke, finanzielle Bedürfnisse von Sozialeinrichtungen und öffentlichem Nahverkehr - wird hier wegen der wettbewerbstheoretischen Ablehnung sanktioniert, ohne daß der weitreichende Einfluß dieser Wettbewerbsbetrachtung dem Kommunikator angekündigt wird. *Ein* Mittel, um - ähnlich der Bestimmbarkeit einer Norm - die Rechtsprechung faßbar und damit vorhersehbar zu machen, ist die Kombination von Präjudizienrecht und Prinzipien, Regeln und Grundsätzen.

„Präjudizienrecht“ bedeutet im wesentlichen die Zitierung (sämtlicher vom Sachverhalt) einschlägiger Vorentscheidungen und die Offenlegung des „stare“ oder decisis“ - also des Beibehaltens oder der Fortentwicklung⁷⁷³ der einmal in den Präjudizien zum Ausdruck gekommenen „rule of law“ auf der einen oder der Aufgabe und Änderung der Rechtsprechung auf der anderen Seite. Diese aus dem amerikanischen common law stammende Rechtsprechungstechnik bietet sich auch für normative Öffnungsklauseln für die Rechtsprechung in einem kodifikatorischen System an.⁷⁷⁴

Eng verknüpft mit dem Präjudiziensystem ist die Ausbildung von „Grundsätzen, Prinzipien oder Regeln“ durch die Rechtsprechung. Zunächst ist festzustellen, daß in der Rechtsprechungspraxis sowohl des BGH wie auch des BVerfG die Termini

771 Überblick bei Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 UWG vor Rn. 1 S. 387- 394.

772 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 UWG vor Rn.1(S. 388).

773 (auf neue Sachverhalte) .

774 A.Ohly, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 253 ff.

nologie uneinheitlich ist⁷⁷⁵ und den Anschein einer eher instinktiven Verwendung vermittelt. Erschwert wird das Verständnis der Bedeutung von „Grundsätzen, Prinzipien oder Regeln“ zudem dadurch, daß die Rechtsprechung diese kreiert, um sich dann in ihren Entscheidungen wiederum an diese zu binden.

Ein eindrucksvolles Beispiel aus der Rechtsprechung des BVerfG ist die Entwicklung des „Grundsatzes der steuerlichen Lastengleichheit“,⁷⁷⁶ den das BVerfG zuerst konkretisiert um ihn dann zur tragenden Begründung einer gleichmäßig effektiven Durchsetzung der Zinsbesteuerung zu machen. Dieses Beispiel verdeutlicht, daß der „Grundsatz“, den das Gericht selbst gewinnt, dann zum Bestandteil des Präjudizienrechts wird. Erst durch die Erstreckung in die zeitliche Dimension wird diese an einen Zirkelschluß erinnernde Schaffung des Grundsatzes durch das Gericht zu einer *Bindung* des Gerichts kraft präjudizieller Geltung des „Grundsatzes“.

Die Literatur konzentriert sich in Anlehnung an angelsächsische Vorbilder nicht an der in praxi vorherrschenden „Grundsatzargumentation“ sondern vor allem an die Unterscheidung von Regel und Prinzip:

Die Regel soll ein definitives Gebot darstellen, während das Prinzip eine anzustrebende Optimierung umschreibt.⁷⁷⁷ Von der Regel braucht man deshalb eine Ausnahme, um sie mit einer kollidierenden Regel vereinbar zu machen⁷⁷⁸, während eine Prinzipienkollision wegen des „nur“ optimierenden Charakters des Prinzips im Einzelfall entweder wegen der fehlenden Einzelfalldetermination⁷⁷⁹ durch

775 So ist der Begriff "Wertprinzip" - wie in Fall II zitiert - keine aussagekräftige Vermengung von (topischem, interessenjuristischem) Wertedenken mit strukturellem "Prinzipiendenken" (dazu etwa J.R.Siekmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, S. 52 ff; zu der noch abstrahierteren Form des "Grundprinzips" der Meinungsfreiheit R.Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und objektive Normen, Der Staat (1990), 48, 57 ff;). R.Alexy, a.a.O., S. 55 nimmt sogar an, "daß zwischen Prinzipien und Werten eine strukturelle Übereinstimmung besteht. Sie unterscheiden sich nur in einem Punkt... Prinzipien sagen, was prima facie gesollt, Werte, was prima facie gut ist. Die Prinzipientheorie kann deshalb als eine von unhaltbaren Annahmen gereinigte Wertetheorie angesehen werden". Anders die Auffassung von C.W.Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, S. 51 f, der das Prinzip "gegenüber dem Wert einerseits und dem Begriff andererseits" in der Mitte sieht; dem Wert habe das Prinzip voraus, daß es schon verfestigt genug ist, um eine Aussage über die Rechtsfolge zu treffen; dem Begriff habe es voraus, daß es noch nicht verfestigt genug sei, um die Wertung zu verdecken. Mit diesen Ausführungen wird deutlich, daß das "Wertprinzip" mehr Fragen stellt als beantwortet. Die Bedeutung der vom BGH gebrauchten Terminologie sollte nach hier vertretener Ansicht auch deshalb nicht überschätzt werden, weil die in Bezug genommene Fundstelle bei Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl. Rn. 91 synonym "Wertentscheidungen" und "Wertprinzipien" der Verfassung erwähnt. Die detailgenaue Bedeutung der BGH-Terminologie ist damit genauso zu verneinen, wie die des BVerfG, zu "Wertordnung, Wertsystem, Grundsatzentscheidungen" (dazu H.D.Jarras, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 110 (1985), 363, 367).

776 BVerfGE 84, 239, 269 ff.

777 So etwa R.Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat (1990) 49, 54.

778 Siehe zur Kritik an der Dworkinschen "Alles oder Nichts-These" R.Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie Beiheft 1 1980, 59, 70.

779 J.Esser, Grundsatz und Norm, S. 267.

die Prinzipien nicht gegeben ist oder durch Konkordierung von Prinzipien bewältigt werden kann.^{780 781}

Wenn man diese Prinzipien- und Regelstruktur mit dem topos des Leistungswettbewerbs vergleicht, stellt sich zuerst die Frage, ob der Leistungswettbewerb das „definitive Gebot“, nämlich eine Regel ist, oder ob es sich um ein Prinzip handelt, das optimiert werden soll. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich um ein Prinzip und bei dem Verbot der „Gefühls- und Vertrauensausnutzung“ um die Regel, die der Verwirklichung des Prinzips dient. Ein Mittel zur Entwicklung des Tatbestands von Regel und Prinzip kann dabei die Fallgruppenbildung sein.⁷⁸²

γ) Richterliche Wertung

Diese Konkretisierungs-„sicherheit“ ist bei den Fällen, in denen der BGH aufgrund richterlicher Wertung entscheidet, weniger gegeben.

Zwar gibt der BGH in zwei Benetton-Werbefällen (Fall II, und „Kinderarbeit“⁷⁸³) eine dreistufige Prüfungsreihenfolge vor, die eine Prüfung anhand der „Wertprinzipien der Verfassung“, der „Sozialnormen“ und der „Interessen und Güter der Verkehrsbeteiligten“ beinhaltet.

Diese Methodik scheint aber nicht zwingend zu sein. Das zeigt sich dann, wenn der BGH in beiden Fällen das Ansinnen der Revision entschieden ablehnt, eine Befragung der Allgemeinheit vorzunehmen.

780 Siehe zu den Trenn(un)schärfen J.R.Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990, S. 54 ff. Die Arbeit J.R.Sieckmanns basiert u.a. auf einer strukturierten Adaption der Modelle von H.L.A.Hart, etwa: *The Concept of Law*, Oxford, 1961 und seines Schülers R.Dworkin, etwa: *Taking Rights Seriously*, Cambridge (USA), 1977. Über die Generalklauseln hinaus, die Hart a.a.O., S.128 als "very general standards" kennzeichnet, fordert Dworkin jenseits einer Kritik an einem positivistischen Formalismus *grundsätzlich* eine Orientierung an Konzepten, die von der Auslegung und Konkretisierung der Norm abgelöst ist (zur Formalismuskritik Hart, a.a.O., S. 126 "the vice known to legal theory as formalism or conceptualism"; Dworkin, a.a.O., S. 22 zum Unterschied von rules, principles and policies). Die Ansicht Dworkins geht damit weit über einen Ansatz zur Strukturierung und Kategorisierung letztendlich normativ abgestützter "Prinzipien" hinaus (so auch R.Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1980, 59, 76). Gerade hier zeigt sich aber die Bedeutung des Ansatzes von Dworkin, weil das Prinzip oder die Regel "Leistungswettbewerb" hinsichtlich des rechtlichen Fundaments gerade in Frage gestellt werden kann. So ist in § 1 UWG eine Verankerung des Leistungswettbewerbs gerade nicht explizit erfolgt und eine verfassungsrechtliche Verbürgung einer bestimmten Wettbewerbsform kann nach den erbitterten Kämpfen in den fünfziger und sechziger Jahren ebenfalls nicht angenommen werden.

781 R.Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie* Beiheft 1 1980, 59, 78. Mit diesem eingeschränkten, weil abwägenden Kollisionstheorem wendet er sich gegen die Ansicht, das Prinzip müsse erst auf den Fall angewandt werden um überhaupt eine Kollisionslage zu schaffen (S. 77).

782 Zur Begriff und Funktion des Typus als Voraussetzung der Bildung eines Prinzips D. Lehen, *Typus und Rechtsfindung*, 1970, S. 25 ff. Er bezeichnet (S. 75) die typologisch-tastende Tatbestandsbildung als Zwischenglied zwischen Prinzip und Norm, aber auch als Bestandteil beider. Wenn der Typus "gefunden ist", dann führt er zu Umgrenzung des Objektbereichs, der Fallgruppe (S.69). So auch J.Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im Zivilrecht*, *AcP* 172 (1972), 97, 126.

783 BGH Urt.v.6.7.1995 *NJW* 1995, 2490 f.

Wenn man der vom BGH zugrundegelegten Methodik⁷⁸⁴ folgt, dann hätte eine solche Ermittlung von Sozialnormen durchgeführt werden müssen. Der BGH verweist bei seiner Ablehnung einer empirischen Ermittlung auf

„die Unkenntnis oder Blindheit eines - für die rechtliche Beurteilung ohnehin nicht allein repräsentativen - Teils der Bevölkerung vor diskriminierenden Geschehnissen der Vergangenheit, verdienen in diesem Zusammenhang keine rechtliche Beachtung, sondern gebieten es ... *einer Abstumpfung gegen die Diskriminierung leidgeplagter Menschen und einer aufkeimenden Mentalität des „Abstempeln“ bestimmter Mitglieder der Gesellschaft entgegenzuwirken* „.⁷⁸⁵

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist hier zu beanstanden, daß der BGH den *Mitteilungsgehalt* der Werbung ebenfalls alleine richterlich bestimmt - ohne insoweit zu berücksichtigen, ob die Allgemeinheit mit dieser Anzeige wirklich ein Abstempeln von kranken Menschen verbindet. Noch weitergehend tritt aber die staatlich-edukatorische Funktion dieser Rechtsprechung in den Vordergrund. Damit bindet sich der BGH nicht an die von ihm selbst vorgegebene Methodik⁷⁸⁶ und es bedarf der weiteren Prüfung, in welchen Fallgestaltungen die Berücksichtigung von Sozialnormen *nicht* in die Konkretisierung eingehen muß. Bevor eine weitere Untersuchung der Komponenten „Interessenabwägung“ und verfassungsrechtliche „Wertprinzipien“ erfolgt, ist festzustellen, daß die Begründungsweise des Sittenverstößes in der BGH-Rechtsprechung nunmehr offenkundig ambivalent ist:

δ) *Zwei Fallgruppen: „Leistungswettbewerb“ und „richterliche Wertung“*

Weder die „Leistungswettbewerbsargumentation“ noch der in Fall I („Ölverschmutzte Ente“) erfolgte Rekurs auf die „richterliche Wertung“ repräsentieren - jeweils exklusiv - die Konkretisierungsmethodik des BGH. *Bereits durch dieses Ergebnis wird die Ansicht einer konsequent auf Prinzipien gestützten Präjudizienrechtsprechung widerlegt.* Dies gilt vor allem so lange, als die Konturen der Fallgruppe „richterliche Wertung“ nicht so unterscheidungsscharf sind, daß bestimm- und damit vorhersehbar ist, wann der BGH sich auf welches Begründungskriterium stützt. Eine Prognose wäre die, daß vor allem in den Konstellationen, *die die negativen Rezipienteninteressen berühren*, der BGH auf eine „richterliche Wertung“ Bezug nimmt.

Also vor allem in Fall IIa (HIV-Positiv) und III („Schlüpferstürmer“).

Wenn diese Prognose sich bestätigt, dann verwendet der BGH das subjektive, richterliche Konkretisierungselement just in den Fallgestaltungen, die die größte Nähe zum „nicht-kommerziellen Meinungsfreiheitsrecht“ haben - also bei der Unternehmenswerbung mit Diskriminierungsargumenten“ (Fälle II (HIV-Positiv)

784 Der BGH (BGH Urt.v.6.7.1995, NJW 1995, 2490 f; NJW 1995, 2493) bezieht sich ausdrücklich auf Baumbach/Hefermehl, UWG, 17.Aufl. Einl. Rn.91.

785 BGH Urt.v.6.7.1995, NJW 1995, 2492 f Fall II.

786 Auf die Neuartigkeit der Werbung, die er eingangs feststellt, nimmt er in diesem Zusammenhang gerade nicht Bezug (NJW 1995, 2492 f).

und Fall III („Schlüpferstürmer“). Der BGH weicht so der vor allem aus der wettbewerbsrechtlichen Literatur geäußerten Kritik, daß der Kauf des Produkts von solcher Unternehmenswerbung allenfalls rudimentär beeinflusst wird, aus.⁷⁸⁷ Aus meinungsfreiheitlicher Sicht ist dieses Ausweichen in die eigene Dezision gerade in den meinungsfreiheitlich sensibelsten Werbungen, die zutreffende und/oder kommunikationsstrategisch chancenreichen Sprache verwenden, als Geschmacksjurisprudenz so schwer erträglich, wie die konsequente meinungsfreiheitliche Literaturforderung⁷⁸⁸ nach einer Liberalisierung des Werberechts es für die wettbewerbsrechtliche Perspektive sein mag.

Nach hier vertretener Ansicht könnte die Entscheidung des BGH in Fall I („Ölverschmutzte Ente“) nur unter Rekurs auf Art. 12 GG und mit einer ganzheitlichen Würdigung des Marketing-Mix gerechtfertigt werden (7. Kapitel).

Für die hier vertretene Ansicht wie für die Vertreter des meinungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung ist Voraussetzung ihrer Schlußfolgerungen, daß zunächst der Einfluß der Verfassung auf die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 1 UWG geklärt ist. Nur wenn in einer dogmatischen Betrachtung die Bedeutung der Verfassung für § 1 UWG geklärt ist, kann im 7. Kapitel im Detail ermittelt werden, inwieweit der Einfluß von Art. 5 und 12 GG sich unterscheiden.

g) *Verfassungsrechtlicher Einfluß auf die Konkretisierung der Generalklausel*

aa) Verfassungsrecht als Bestandteil richterlicher Abwägung bei der Konkretisierung der guten Sitten

Soweit das Gericht die guten Sitten *aufgrund* einer richterlichen Wertung unter Einbeziehung von grundrechtlichen „Wertprinzipien“ ermittelt

(und nicht *nur* unter Rekurs auf den aufgrund einfachgesetzlicher Konkretisierung gefundenen Topos des Leistungswettbewerbs),

handelt es sich zunächst um eine **subjektive Offenheit gegenüber der Verfassung, ihren Grundrechten und Staatszielen**. Das Gericht gibt durch **seine Begründung** zu erkennen, daß es den „Wertprinzipien“ der Verfassung innerhalb der für § 1 UWG vom BGH zugrundegelegten Trias - Sozialnorm, Wertprinzip und Interessenabwägung - Rechnung trägt.⁷⁸⁹ An diese, in der Begründung ablesbare, Berücksichtigung des Verfassungsrechts und damit der Bejahung des „**Ob**“ der Maßgeblichkeit des Verfassungsrechts schließt sich die Frage nach dem Maß des Einflusses an - das „**Wie**“.

787 H.Reichold, Unlautere Werbung mit der "Realität" WRP 1994, 219, 223.

788 K.J.Grigolet/J.Kersten, Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikationen, DVBl 1996, 596, 605.

789 Selbstverständlich sind auch Fälle denkbar, in denen Gerichte die Bedeutung des Verfassungsrechts für die Konkretisierung subjektiv nicht erkannt haben. Beispiele sind die Fälle IV und V, die chronologisch vor der Anwendung von Art. 5 GG für die Werbung in der BGH-Rechtsprechung lagen, und wo der Wert des Prozesses der Bildung der öffentlichen Meinung wie auch bei Fall V des Staatsziels Umweltschutz (Art. 20 a GG) bei der Konkretisierung keine Rolle gespielt haben.

Es ist keineswegs selbstverständlich, daß das Verfassungsrecht bereits bei der **Konkretisierung** der Generalklausel - und nicht erst bei der **Überprüfung** des Konkretisierungsergebnisses auf seine Verfassungskonformität hin - herangezogen wird. Auch wenn **im Ergebnis** – wenn sich das Ergebnis (der Interessenabwägung) innerhalb eines Entscheidungskorridors zwischen den Untermaßen der Rechte des Kommunikators und Rezipienten befindet - schwer feststellbar ist, ob die Einbeziehung verfassungsrechtlicher Wertprinzipien zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, als eine (nur)einfachgesetzliche Interessenabwägung.⁷⁹⁰

Bei der Frage der Intensität des Einflusses existieren zwei Alternativen: Das Gericht kann sich vom Verfassungsrecht nach seiner rechtlichen Würdigung zu einer Entscheidung gezwungen sehen - **subjektive Entscheidungsdeterminanz** - oder bestimmten Wertprinzipien eher argumentative, bestätigende Wirkung beimessen.

Ein Beispiel für **subjektive Entscheidungsdeterminanz**⁷⁹¹ sind die Fälle II a („HIV Positiv“) und Fall III („Schlüpferstürmer“), bei denen das Gericht vorrangig auf die Menschenwürde von Kranken und Frauen rekurriert. Ein Beispiel für die explizite, **subjektive Ablehnung der Entscheidungsdeterminanz** des Verfassungsrechts ist Fall I („Ölverschmutzte Ente“), bei dem der BGH im Rahmen des Wechselwirkungsansatzes das „Wertprinzip“ des freien Kommunikationsprozesses auf Meinungen mit Auseinandersetzungswert beschränkt.⁷⁹²

Von dieser subjektiven Entscheidungsdetermination ist die bereits identifizierte, **objektive Entscheidungsdeterminanz** zu unterscheiden, bei der die Verfassung das Ergebnis der Konkretisierung so verengt, daß nur **ein** Konkretisierungsergebnis verfassungsgemäß ist. Aus der Perspektive des **einfachgesetzlichen UWG** besteht bei einer **Divergenz** von **subjektiver und objektiver Entscheidungsdeterminanz**,

wenn also das Gericht sich irrtümlich zu einer Konkretisierung durch das Verfassungsrecht gezwungen sieht und einfachgesetzliche Konkretisierungselemente - wie den Schutz des Leistungswettbewerbs als Institution und die Interessenabwägung - nicht mehr berücksichtigt und so den verfassungsrechtlichen Entscheidungskorridor verkennt,⁷⁹³

die Gefahr, daß die Überzeugungskraft einfachrechtlicher Konkretisierungskriterien und **ihre** Bedeutung als Grundlage für die Präjudizbildung, die wiederum Grundlage für die Erhöhung der Vorhersehbarkeit und damit Voraussetzung für eine Dispositionsgewißheit der Mitbewerber ist, geschwächt werden. Die bisweilen einfachgesetzlich und bisweilen verfassungsrechtlich konkretisierte Generalklausel rührt so an ihren eigenen Grundfesten: die Flexibilität der richterlichen

790 So bereits G.Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift zum 75.Geburtstag von H. Nawiasky (1956), S. 157, 181 "Die Verfassung ist *Modalitäten* gegenüber, in denen ihr das materielle Zivilrecht genügt, indifferent" und S. 160 Fn. 5, wo der Unterschied zwischen unmittelbarer Verfassungswidrigkeit und der Einbeziehung der an der "Verfassung geschärften Wertauffassung" bei § 138 BGB betont wird.

791 Dazu, daß eine objektive Entscheidungsdeterminanz nicht vorliegt, siehe 7.Kapitel .

792 BGH Urt. v. 6.7.1995, NJW 1995, 2488, 2490.

793 Zur Offenheit und Konkretisierungsbedürftigkeit der Verfassung K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 60- 78.

Begründung führt zur Schwächung der Praktikabilität des Rechts (aus der Sicht der Rechtsunterworfenen). Aus *verfassungsrechtlicher Perspektive* ist es zu be-
anstanden, wenn eine Generalklausel zunächst gegen ihren Wortlaut konkretisiert
wird („Leistungswettbewerb“ statt „Sitten“) und dann, statt in konsequenter Judi-
zierung differenziert fortentwickelt wird, einen Paradigmenwechsel – Verfas-
sungsrecht als Wertprinzip statt Zugrundelegung des einfachgesetzlichen Kriteri-
ums des „Leistungswettbewerbs“ erfährt (bei Fall I „Ölverschmutzte Ente“ und
bei Fall III „Schlüpferstürmer“ wird das Kriterium des Leistungswettbewerbs ver-
schwiegen; dazu siehe im 7. Kapitel). Es fehlt dann auch aus verfassungsrechtli-
cher Sicht an der notwendigen Bestimmbarkeit. Die Beurteilung solcher „Diver-
genzszszenarien“ setzt zunächst eine Einschätzung der Stärke der Determinations-
kraft des Verfassungsrechts für § 1 UWG voraus. Wie wirken die Grundrechte im
privaten Wettbewerbsrecht?

bb) Einwirkung der Grundrechte auf das UWG: das Eingriffsverbot gegenüber
dem Gesetzgeber

a) *Vorgehensweise*

Die folgenden Ausführungen legen den Schwerpunkt nicht auf die - nach hier
vertretener Auffassung letztendlich monistisch-*theoretisch* unlösbare - Frage des
Grades der un- oder mittelbaren „Dritt“-Wirkung von Grundrechten⁷⁹⁴, sondern
auf die Entwicklung einer konstruktiven Struktur zur Annäherung an die Proble-
matik aus der Sicht der kommerziellen Sprache. Hier ist auf der Seite des Rezi-
pienten zwischen Integritäts- Äquivalenz- und Rezipienteninteressen zu unter-
scheiden. Für die grundsätzliche Darstellung der Struktur wird der Schutz der ne-
gativen Rezipienteninteressen ausgewählt, weil hier wegen der nur vereinzelt,
detaillierten Regelung durch den Gesetzgeber⁷⁹⁵ die Relevanz des Beitrags des
Verfassungsrechts zur Konkretisierung der Generalklauseln des § 1 UWG und des
§ 823 BGB („sonstiges Recht“), die Grundlage des Schutzes der Rezipienteninter-
essen sind,⁷⁹⁶ offensichtlich ist. Die Arbeit konzentriert sich zunächst auf den ver-
fassungsrechtlichen Einfluß auf die Interessenabwägung im Rahmen der Gene-
ralklausel des § 1 UWG, weil die Schutzbereichsgrenzen, die ein allgemeines
Persönlichkeitsrecht, das sich neben Art. 2 Abs. 1 GG auch auf Art. 1 Abs. 1 GG
stützt, höher erscheinen (§ 823 Abs. 1 BGB) als die Berücksichtigung von grund-
rechtlich geschützten Rezipienteninteressen (vielleicht nur als „Wertprinzip“) im

794 Die Auffassungen, die in der zivilrechtlichen Literatur vertreten werden, sind mannigfaltig;
so etwa die These um den (fehlenden) Unterschied zwischen Schutzpflichten und unmittel-
barer Drittwirkung (siehe etwa J.Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373, 382) auf
der einen und die These, daß die Schutzpflichten wegen des Gesetzesvorbehalts nie zu
Grundrechtseingriffen, und damit nicht zur unmittelbaren Drittwirkung führen, auf der an-
deren Seite (Ch.Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ
1996, 118, 123).

795 Siehe die Übersichten.

796 Dazu siehe unter 7.Kapitel.

Rahmen von § 1 UWG. Im Mittelpunkt der folgenden Unterabschnitte steht *Fall IIa, die Werbung mit den toten Herzen auf der Plakatwand und die Frage, inwieweit die Interessen der belästigten Rezipienten zu einer Unterlassungspflicht führen können*. Es geht (noch) *nicht um die Ermittlung des (grundrechtlichen) Umfangs einer solchen negativen Rezipientenfreiheit, sondern nur um die Frage, wie eine solche verfassungsrechtliche Rezipientenfreiheit in die Konkretisierung von Generalklauseln eingehen könnte (siehe im weiteren 7. Kapitel)*.⁷⁹⁷ Der Ausgangspunkt der Darstellung ist die Verpflichtung des Gesetzgebers, weil bei der Konkretisierung der Generalklausel die Rechtsprechung *nur insoweit verpflichtet werden kann, als auch der Gesetzgeber verpflichtet wäre*. Das gilt sowohl für die „Rechtssetzung“ als auch die „Gesetzesfortbildung“ durch die Rechtsprechung.

Weil es sich *um von der Rechtsprechung* anzuwendende Generalklauseln handelt, ist - nach der hier darzustellenden Meinung von *Jürgen Schwabe*, die diese Arbeit nicht teilt – die grundsätzliche Frage der Mitwirkung der Rechtsprechung an privaten Grundrechtseingriffen zu diskutieren.

β) Unmittelbare Wirkung der Grundrechte unter Privaten?

Die Wirkung der Grundrechte als *Abwehrrechte*⁷⁹⁸ scheint bei kommerzieller Sprache vernachlässigbar: Soweit Werbung die Integritäts- Äquivalenz- oder Rezipientensphäre von Rezipienten und Konsumenten *gefährdet und/oder beeinträchtigt*, handelt es sich um eine „Grundrechts“⁷⁹⁹gefährdung oder -beeinträchtigung von *Privaten durch Private. Ein staatlicher Eingriff liegt nicht vor. Unmittelbar* haben die Grundrechte keine Wirkung unter Privaten - Art. 1 Abs.3 GG nennt sie nicht als Grundrechtsadressaten.⁸⁰⁰ Ein Erst-Recht-Schluß dergestalt, daß, was dem Staat verboten sei, erst recht den Privaten zu verbieten sei, ist wegen seiner grundrechtsgefährdenden Bedeutung abzulehnen.⁸⁰¹ Es darf nicht von vornherein ausgeschlossen sein, daß Private mit Privaten andere Formen und Inhalte des Interessenausgleichs finden als der hoheitlich handelnde Staat und es ist Inhalt des Persönlichkeitsrechts, der Vertragsfreiheit wie auch der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) kraft eigener Entscheidung

797 Es handelt sich um eine in wettbewerbsrechtlicher Sicht jüngere Fragestellung: K.F.Fezer, Diskriminierende Werbung - Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, 165, 275, der im Zusammenhang mit (nach hier verwendeter Terminologie) Werbeexklaven die Einschränkung von Plakatwerbung fordert.

798 J.Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, 1971, S.146 sieht nur Abwehrrechte, und nicht die Werteordnung als einschlägig an.

799 Zur Frage, inwieweit die negative Rezipientenfreiheit grundrechtlich geschützt ist, siehe im 7.Kapitel.

800 Worauf W.C.Canaris, AcP 185 (1985), S.9,12 in seiner Erwiderung zu J.Schwabe nochmals entscheidend abstellt.

801 Gegen die „etatistische Konvergenzethorie“ von J.Schwabe und D.Murswiek, Zur Unterscheidung von Schutzauftrag und Schutzpflicht J.Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, Handbuch des Staatsrechts, 5.Band, 1992, § 111 Rn. 118 ff.

Risiken für das eigene Leben auf sich⁸⁰² zu nehmen; auch Risiken, deren Übernahme der Staat nicht verlangen könnte. So hält auch das BVerfG formalargumentativ an einer durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln vermittelten Drittwirkung⁸⁰³ fest und lehnt damit inzidenter eine unmittelbare Drittwirkung ab. Diese Ablehnung der unmittelbaren Geltung unter Privaten (Ausnahmen: Art. 1 Abs. 1, Art. 9 Abs. 3 GG) ist aber nur ein Teilergebnis, weil der Gesetzgeber wie auch die Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden sind (Art. 1 Abs. 3 GG).

γ) *Ausmaß der Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die Grundrechte - die Ratio der Handelsvertreter- und Vertragsparitätsentscheidungen*

Diese heute unumstrittene Bindung des Privatrechtsgesetzgebers⁸⁰⁴ leitet über zu der Frage nach dem Ausmaß dieser Bindung. Hier ist im Bereich der wirtschaftlichen „Betätigung“ eine grobe Unterteilung zwischen Freiheiten, die durch vertraglichen Konsens verwirklicht werden sollen und anderen vorzunehmen:

(1) *Freiheit vertraglicher (konsensualer) Lebensgestaltung.* Der Gesetzgeber muß wegen der in Art. 2, 12 und 14 GG⁸⁰⁵ geschützten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit die *Voraussetzungen dafür schaffen (Leistungsrecht) und tolerieren (Abwehrrecht)*, daß Private *einvernehmlich* ihre wirtschaftlichen Verhältnisse „regeln“ (können).

Private müssen Verträge und Ehen schließen sowie Vereinigungen gründen können.

Das „*Sozialstaatsprinzip*“ und die „*objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts*“ verpflichten nach der BVerfG-Rechtsprechung den Gesetzgeber im Rahmen dieser *von ihm zu schaffenden Grundordnung* zum Schutz schwacher Vertragspartner. Voraussetzung für diese Regulierung der Freiheit der Selbstbindung der Grundrechtsträger ist die faktische und strukturelle (nicht nur im Einzelfall) Unterlegenheit des zu schützenden Vertragspartners, der *seine Vertragsfreiheit* (Art. 2 Abs. 1 GG „Privatautonomie“) nicht verwirklichen kann, und zum Objekt der Verwirklichung der Vertragsfreiheit des anderen Vertragspartners wird. Grundrechtliche Selbstbestim-

802 J.Schwabe, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, 66, 73, der die Kosten dieser Risiken für die *Allgemeinheit* bei Sozialhilfe und Krankenversicherung diskutiert.

803 BVerfGE 93, 352, 361; 81, 40, 52; 73, 261, 269; 60, 234, 241; 42, 143, 148; 7, 205, 198; Zusammenfassend C.D.Classen, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 122 (1997), 65, 89 ff.

804 Das UWG ist, auch wenn es dem Schutz der Institution "Wettbewerb" unter anderem dient, grundsätzlich Privatrecht (anderer Meinung für einige Fallgruppen U. Schließky...).

805 Die Kontrahierungsfreiheit wurde zunächst in Art. 2 Abs. 1 GG verankert. Das BVerfG stützt sie in seiner jüngeren Rechtsprechung für partielle Bereiche, wie bei der vertraglichen Begründung wie auch Beibehaltung mietvertraglicher Rechte auf Art. 14 GG oder für Verträge, die die Berufsausübung regeln (BVerfGE 81, 242, 254), auf Art. 12 GG. Eine Außenseitermeinung beruft sich auf das Rechtsstaatsprinzip (P.Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, 135).

mung findet ihre Grenzen in der Fremdbestimmung (Determinanz des Verfassungsrechts für die Gesetzgebung).⁸⁰⁶

(2) **Freiheit, die einen vertraglichen Konsens⁸⁰⁷ nicht voraussetzt.** Das Persönlichkeitsrecht, die Handlungsfreiheit, die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit, wie auch die Meinungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 12, 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt GG) verpflichten den Staat, diese Selbstbestimmungs- und -verwirklichungsrechte jedes Grundrechtsträgers im Rahmen der jeweiligen Grundrechtsschranken zu tolerieren. **Die Verwirklichung dieser Freiheiten setzt die Duldung, nicht aber die Mitwirkung anderer Grundrechtsträger voraus.** Die Existenz dieser Freiheiten wird bedroht, wenn der Staat **grundsätzlich** unter Berufung auf die (negativen) Freiheiten der Rezipienten, **also derjenigen, die passiv die Grundrechtsverwirklichung anderer ertragen sollen,**

in den **Prozeß** der Herstellung einer „**praktischen Konkordanz**“⁸⁰⁸ eintritt

(3) **Kommerzielle Sprache als vertragliche oder „andere Freiheit“.** Kommerzielle Sprache kann bei dieser Zwei-Kategorien-Betrachtung zunächst der zweiten Kategorie zugeordnet werden. Die Freiheit, eine Werbung zu schalten oder eine Meinung zu äußern, setzt nicht wesensnotwendig die Mitwirkung anderer voraus - anders als bei der durch (momentanen) Konsens geprägte Vertragsfreiheit, die nur unter Mitwirkung anderer verwirklicht werden kann. Die Schaltung einer Werbung in einem Werbeträger, der keine Rezipienten hat, oder die Äußerung einer Meinung ohne Gegenüber oder Publikum zeigt, wie wichtig die Ansprache anderer, **deren** Konfrontation, für eine **effektive** Verwirklichung der Kommunikationsfreiheit notwendig ist. Bei der nicht-kommerziellen Sprache ist der Diskurs mit anderen, auch deren replizierende „Mitwirkung“, prägend für den Kommunikationsprozeß. Bei der kommerziellen Sprache sind die Schwerpunkte mehr in die Richtung der Konfrontation⁸⁰⁹ möglichst vieler Rezipienten als deren sprachlicher⁸¹⁰ Mitwirkung an

806 BVerfGE 81, 242, 255 "Handelsvertreter", BVerfGE 89, 214, 232 "Vertragsparität" (zur Rechtsprechung bei der Konkretisierung von Generalklauseln) nennt die Privatautonomie und das Sozialstaatsprinzip.

807 Ein Mindestmaß an "allgemeinem und speziellem Konsens" muß jede Gesellschaft kennen; dieser Grundkonsens ist hier nicht gemeint.

808 Zum Begriff der „praktischen Konkordanz“ K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 317 ff.

809 Siehe auf der einen Seite die Werbeoffenheit der Briten FAZ v.15.5.1998 "Von Fernseh-muffeln und begeisterten Anhängern der Werbung" und auf der anderen Seite die Skepsis der Rezipienten bei ARD und ZDF "Bloß keine Werbung", FAZ v. 22.7.1998, S. 32.

810 Die Abnahme von Produkten befindet sich nicht auf der gleichen Grundrechtsebene.

der Grundrechtsausübung des Werbenden verschoben.⁸¹¹ Es kann festgehalten werden, daß die Sprache Berührungspunkte zu beiden Kategorien aufweist.

(4) *Unterschiede zwischen beiden Kategorien.* Übertragung der Gründe der Handelsvertreter- und Vertragsparitäts-Entscheidung auf die kommerzielle Sprache.

(a) *Freiheit vertraglicher (konsensualer) Lebensgestaltung.* Im Bereich der konsensualen Grundrechtsausübung Geschäftsfähiger muß es **grundsätzlich** ein Recht auf vorteilhafte, wie auch die Hinnahme weniger vorteilhafte Vertragsabschlüsse geben. Der Staat muß gegenüber der Interessenkollision zwischen dem, der am Vertrag festhalten will und dem, der sich lösen will, grundsätzlich neutral (*pacta sunt servanda*) und **jenseits seiner Verpflichtung, eine praktikable Ordnung zur Verfügung zu stellen (effektive Optionen bei Schlechtleistung, Nichtleistung, gerichtliche Geltendmachung usw.)**⁸¹², regelungsabstinent bleiben. Das Selbstbestimmungsrecht bei konsensualen Freiheiten ist das Recht des Vorteils des einen und die **maßvolle** Hinnahme des „Irrtums“ des anderen. Die Grenzen dieses Rechts auf Vorteil für den einen und der staatlichen Hinnahme des „Irrtums“ des anderen sind - nach der Handelsvertreter-⁸¹³ und Bürgerschaftsrechtsprechung des BVerfG - auf (faktischer) Unterlegenheit beruhende Vertragsdisparität sowie schwerwiegende Folgen des Rechtsgeschäfts für den „Irrenden“. **So verläßt das Gericht die abstrakte Ebene des Rechts** - die zu einer Grundrechtsabwägung führen müßte und wo wegen der (hypothetisch) kollidierenden Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, 12 oder 14 GG⁸¹⁴ für beide Vertragspartner eine „Pattsituation“ besteht - und rekurriert auf die **tatsächlichen Voraussetzungen** für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts (mit den bekannten und kritisierten Kategorisierungsproblemen der „strukturellen Disparität“).⁸¹⁵ ⁸¹⁶ Festzuhalten

811 , die *dann* zu Rechtsgeschäften, insbesondere Vertragsabschlüssen, führen kann, die (werbungskausal) zu Verletzungen von Äquivalenz- und Integritätsinteresse führen

812 BVerfGE 89, 214. 232; siehe auch A.Scherzberg, Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität", 1989, S. 208 zum von ihm so bezeichneten, auf Art. 19 Abs. 2 GG gestützten grundrechtlichen "Untermaßverbot". Zum Gebot der Neutralität J.Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, Handbuch des Staatsrechts, 5.Band, 1992, § 111 Rn. 98, das dem Staat verbietet, in den „legitimen Antagonismus der Freiheit zu intervenieren“.

813 BVerfGE 81, 244, 255.

814 Je nachdem, wo man die Vertragsfreiheit schützt. Dazu siehe im 7.Kapitel.

815 So entschieden K.Adomeit, Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, NJW 1994, 2467, 2469 gegen ein Abstellen auf die strukturelle (tatsächliche) Imparität der Vertragspartner und W.Grunsky, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1995, S. 12 ff; vorsichtiger C.W.Hergenröder, Vertragsimparität und richterliche Inhaltskontrolle, DZWIR 1994, 485,491. Gegen die Abwägung von Grundrechten im Vertragsrecht grundsätzlich B. Kempen, Grundrechtsabwägung im Vertragsrecht, DZWIR 1994, 499, 50

ist, daß die Freiheit privatautonomer Vertragsgestaltung (Art. 2 Abs. 1 GG) faktische Grenzen und Voraussetzungen hat (keine Fremdbestimmung anderer und Möglichkeit der Selbstbestimmung im Vertrag durch Schutz vor (den Folgen) von Fremdbestimmung).

(b) *Einschränkungen kommerzieller Sprache wegen der Imparität des Rezipienten.* Erwägenswert ist, ob eine Ungleichgewichtslage zwischen Kommunikator und Rezipient vorliegt und deshalb der Gesetzgeber zum Schutz der negativen Rezipienteninteressen aufgerufen oder verpflichtet ist. Das BVerfG hat in der Vertragsparitätsrechtsprechung entscheidend auf die Wirkung der Kommunikationspolitik („persönlicher Verkauf“) für den unterlegenen Vertragspartner abgestellt:

„Bei so ausgeprägter Unterlegenheit eines Vertragspartners kommt es *entscheidend* darauf an, *auf welche Weise* der Vertrag zustande gekommen ist und wie sich insbesondere der überlegene Vertragspartner verhalten hat. Dennoch verneinte der Bundesgerichtshof jegliche Aufklärungs- und Hinweispflicht des Kreditinstituts. Sogar das Drängen des Bankangestellten mit dem Zusatz „sie gehen keine große Verpflichtung ein“ hält der Bundesgerichtshof für unerheblich. *Er sieht darin lediglich entgegen den Feststellungen des Oberlandesgerichts- eine vorläufige Bonitätsauskunft, die auf die Verhandlungsposition der Beschwerdeführerin keinen Einfluß haben konnte. Das wird der Problematik des Ausgangsfalls nicht gerecht und verfehlt die grundrechtliche Gewährleistung* der Privatautonomie so prinzipiell, daß die Entscheidung keinen Bestand haben kann.“⁸¹⁷

Die Vertragsdisparitätsentscheidung schützt so das Äquivalenzinteresse der Rezipienten; eine Übertragung dieser Ratio auf den Schutz des Rezipienteninteresses ist erwägenswert, weil es sich bei § 1 UWG oder § 823 Abs. 1 BGB („sonstiges Recht“)⁸¹⁸ ebenfalls um

„gesetzliche Vorschriften (*erg. handelt*), die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, (erg. und die) ... die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip“⁸¹⁹ verwirklichen.

Gegen eine solche Übertragung könnte man die Unterschiedlichkeit des Rezipienteninteresses bei der Werbung und des Äquivalenzinteresses bei Vertragsschluß einwenden. Voraussetzung für eine Übertragung der Imparitätskonstruktion des BVerfG auf die Werbung ist, daß die Vermei-

816 Das ist die Rechtslage, wie sie sich jetzt darstellt. Nicht ausgeschlossen werden kann, daß, weil eine Wirtschaftsordnung im Grundgesetz nicht en detail vorgeschrieben ist, diese Vertragsfreiheitskonzeption in Zukunft weiter durch planwirtschaftliche Elemente ange"reichert" wird. .

817 BVerfGE 89, 214, 235.

818 Allgemein I.Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, 1996, S. 251- 284.

819 BVerfGE 81, 242, 255.

dungslast der Rezipienten eine „ungewöhnliche Belastung“ darstellt.⁸²⁰ Daran dürfte es bei der Konfrontation mit Werbung im Vergleich mit den bisher entschiedenen Fällen⁸²¹ fehlen.

δ) *Eingriff des Privatrechtsgesetzgeber in Rezipientenrechte?*

Bei den Rezipienteninteressen hat der Gesetzgeber zum Teil detaillierte Regelungen erlassen - wie beim § 17 Fernunterrichtsschutzgesetz - zum Teil ist der Rezipientenschutz auf Generalklauseln verwiesen. So kann sowohl ein Rezipientenrecht als „sonstiges Recht“ in § 823 BGB verankert werden, als auch eine Berücksichtigung von Rezipienteninteressen in § 1 UWG erfolgen.⁸²² Die Beeinträchtigung von Rezipienteninteressen erfolgt durch die Werbung Privater. Eine **gesetzliche Ermächtigung** zur Werbung ist explizit nicht erfolgt - das Recht zur Werbung wird im Werberecht, das ein Recht der Werbeeinschränkungen ist, wegen der zugrundeliegenden verfassungsrechtlichen Betätigungs- oder Meinungsfreiheit **vorausgesetzt**. Damit richtet sich der Vorwurf eines Eingriffs in Rezipienteninteressen auf ein (partikuläres) Unterlassen des Gesetzgebers. Ein Eingriff des Gesetzgebers im „klassischen Sinne“ liegt damit nicht vor.⁸²³ Dieses Unterlassen des Gesetzgebers ist **nach hier vertretener Ansicht** nur dann verfassungswidrig, wenn eine Schutzpflicht zugunsten von Rezipienteninteressen besteht.⁸²⁴

cc) Einwirkung der Grundrechte auf das UWG: die Verletzung von Schutzpflichten durch den Gesetzgeber?

α) *Schutzpflicht und Schutzanspruch*

Bei der Gefährdung von Leib und Leben hat das BVerfG Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht nur den Charakter eines Abwehrrechts-, sondern auch den Charakter einer *Schutzpflicht* entnommen.⁸²⁵ Ursprünglich handelt es sich um eine objektivrechtliche Komponente des Grundrechtsschutzes, der diesseits expliziter verfassungsrechtlicher Schutzpflichten (Art. 1 Abs. 1 S. 1, 6 Abs. 1 GG) *kein* subjektivrechtlicher *Schutzanspruch* entspricht. Die Konkretisierung dieser Schutz-

820 BVerfGE 89, 214, 232.

821 Zweijähriges Verbot ohne Karenzenschädigung in der Handelsvertreterentscheidung und Pflicht zur Erfüllung einer Bürgschaft, die das Leben mit dem Existenzminimum zur Folge hat

822 I.Scherer, Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung, 1996, S. 73-124.

823 "Eingriff" der (1)final und nicht bloß unbeabsichtigte Folge eines auf ganz andere Ziele gerichteten Staatshandelns ist,(2)unmittelbar und nicht nur beabsichtigte, aber mittelbare Folge des Staatshandelns ist,(3)Rechtsakt mit rechtlicher und nicht bloß mit tatsächlicher Wirkung ist und (4)mit Befehl und Zwang angeordnet bzw. durchgesetzt wird (G.Lübbe-Wolf, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 42 ff).

824 Von dieser Schutzpflichtkonstruktion kann sich J.Schwabe lösen, der nicht nur die unmittelbare Drittwirkung sondern vor allem auch die Aufgabe des "klassischen" Eingriffsbegriffs fordert.

825 Einen Überblick bietet G.Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S.43-53, wobei das BVerfG zunächst auf die Verbindung mit Art. 1 GG (BVerfGE 39, 1 (41) und BVerfG Beschl.v.28.5.1993, NJW 1993, 1751 f "Schwangerschaftsabbruch") und dann auch auf den objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte (BVerfGE 49, 89,141 f "Kalkar") abstellt.

pflichten durch die BVerfG-Rechtsprechung hatte ursprünglich verwaltungs- und verfassungsprozessualen Charakter;⁸²⁶ sie entfaltet seit langem materielle Bindungen der staatlichen Gewalt. In der Literatur und Rechtsprechung ist immer noch umstritten, ob ein subjektiver Schutzanspruch grundsätzlich ausgeschlossen ist⁸²⁷ oder „nur“ das Vorliegen weiterer, konkreter Tatbestandsvoraussetzungen bei der Schutzpflicht verlangt wird. Die Bedeutung der Annahme eines Schutzanspruchs liegt in der Verengung der Pflicht zur gesetzgeberischen Entscheidung auf *eine* Rechtsfolge - wie etwa in der Handelsvertreterentscheidung⁸²⁸ auf das Unterlassen des Gesetzgebers. Nach hier vertretener Ansicht ist der *Schutzanspruch* identisch mit dem verfassungsrechtlich geforderten „*Untermaß*“⁸²⁹ des Schutzes der Rechte des Kommunikators und des Rezipienten bei der Werbung. Der Gesetzgeber muß eine Rahmenordnung schaffen, die ein Mindestmaß an kommerzieller Sprache akzeptiert (dieses *Untermaß* wird dann en detail von Art. 12 und 5 GG vielleicht unterschiedlich bestimmt werden) und auf der anderen Seite aber auch ein *Untermaß* des Schutzes der Rezipienten nicht unterschreitet.⁸³⁰ Die Ermittlung dieses Untermaßes trägt allerdings zur Lösung von Einzelfällen, die sich in dem durch die Untermaße konturierten Entscheidungskorridor bewegen (siehe die anliegende Übersicht), wenig bei. Diese Schutzpflichtkonstruktion im Privatrecht wird von *Josef Isensee* grundsätzlich abgelehnt.

Schutzpflichten seien – obwohl das BVerfG in seiner Nachtarbeitsentscheidung den Begriff verwendet – auf die Selbstgefährdung und Selbstbindung von Grundrechtsträgern überhaupt nicht anzuwenden, *solange sie zur Selbstbestimmung*

826 Gerade im C-Waffen-Beschluß BVerfGE 77, 170, 214, 229 (s.a. BVerfGE 88, 203, 251, 261) wird deutlich, daß die Schutzpflichtverletzung Kriterium der Beschwerdebefugnis ist. Für eine Aufgabe der Statuslehre und die Bejahung eines Schutzanspruches, wenn die objektive Grundrechtsnorm sich zu Schutz- oder sonstigen Verhaltenspflichten des Staates verdichtet, A.Scherzberg, "Objektiver" Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht, DVBl. 1989, 1128 (1136). Siehe nunmehr etwa BVerfG Beschl.v. 27.4.1995 NJW 1995, 2643 „Alkoholgrenzwert im Straßenverkehr“, wo die (im Ergebnis verneinte) Verletzung der Schutzpflicht als Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bewertet wird; BVerfG Beschl. v. 6.5.1997 NJW 1997, 1769 f zum Auskunftsanspruch des Kindes gegen die Mutter auf Nennung des Vaters. Siehe auch L.Determann, Über den rechtlichen Umgang mit neuen gefahrverdächtigen Technologien am Beispiel der Mobilfunk-Sendeanlage, 1996, S. 113 f. m.w.N.

827 G.Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, 53 Fn. 69 m.w.N. kommt insbesondere unter Bezugnahme auf BVerfGE 56, 54, 70 ff "Fluglärm" zu dem Ergebnis, daß ein subjektiver Schutzanspruch, der sich gegen die Gesetzgebung richtet, nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.

828 Wobei man hier wieder unterscheiden kann, zwischen dem Anspruch auf Schaffung eines bestimmten Gesetzes - "Leistungsrecht (Normerlaßanspruch)" - oder wie in der Handelsvertreterentscheidung auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines bestehenden Gesetzes (Normunterlassungsanspruch). Siehe auch C.D.Classen, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 122 (1997), 65, 85.

829 Der Begriff wird vom BVerfG in der Entscheidung zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs (Urt.v.28.5.1993, NJW 1993, 1751, 1754 (= BVerfGE 88, 203, 254) unter Bezugnahme auf § 111 Rn. 165 verwendet. Das „Untermaßverbot“ als Verbot der Unterschreitung eines Schutzstandards entspräche dem Übermaßverbot bei Eingriffen.

830 Zum unterschiedlichen Einfluß von Art. 5 und Art. 12 GG auf dieses Untermaß im 7.Kapitel.

fähig sind.⁸³¹ So wird die vor allem im Zivilrecht vertretene, rechtsgeschäftliche Schutzpflichtenlehre abgelehnt,⁸³² weil es unstrittig ist, daß in den Vertragsparitätsfällen die Fähigkeit der Selbstbestimmung vorlag.

Das Privatrecht wird stattdessen dem Gestaltungsauftrag des *Sozialstaatsprinzips* überantwortet.⁸³³ Diese Meinung verkennt, daß auch die Freiheit sich konsensual zu binden, grundrechtlich geschützt ist. Diese Freiheit ist nach hier vertretener Ansicht nicht soweit gesetzlich geprägt⁸³⁴, daß sie nur nach Maßgabe der gesetzlichen Rahmenordnung besteht. Es existiert ein vorgesetzliches Grundrecht auf Vertragsfreiheit, an dem sich die vom Gesetzgeber geschaffene Rechtsordnung messen lassen muß. Der Gesetzgeber kann, *wenn er einmal eine Rahmenordnung geschaffen hat*,⁸³⁵ (in den *Konsens* der Parteien) nur soweit eingreifen, als dies seiner Schutzpflicht für den oder die Vertragspartner entspricht.

Die Gegenmeinung von J.Isensee führt im Ergebnis dazu, daß dem Gesetzgeber jeder sozialstaatlich zu rechtfertigende Eingriff in die Freiheit der privatautonomeren Gestaltung der Grundrechtsträger ermöglicht wird.⁸³⁶ Da die Grenzen zwischen Schutzpflicht und Sozialstaatsprinzip sicher fließend sind, könnte man dem vielleicht *im Ergebnis* zustimmen. In der Dogmatik ist ein Bruch mit dem sonstigen Grundrechtsverständnis von Josef Isensee festzustellen: So wird die berühmte Entscheidung des VGH Kassel zur Gentechnologie, die aus den Schutzpflichten einen Gesetzesvorbehalt konstruiert, als Verkehrung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips kritisiert.⁸³⁷ Bei der Vertragsfreiheit wird dagegen *diese* Verkehrung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips verwendet, um dem *Konsens* (!) von Grundrechtsträgern nur dann Wirksamkeit zu verschaffen, wenn einem sozialstaatlichen Gesetzesvorbehalt genügt wird.

β) Umfang der Schutzpflichten

Bei den Schutzpflichten muß der Staat *grundsätzlich*⁸³⁸ - unabhängig von der Kausalität des eigenen Handelns - eine Beeinträchtigung des effektiven Garantiebereichs, der (einem) Grundrechtsträger(n) zusteht, - durch wen oder was auch immer - verhindern. Die Wahl der Mittel mag nur beim „Schutzanspruch“ festgelegt sein; das Kriterium der „Schutzpflicht“ verlangt die Kenntnis der Beeinträch-

831 J.Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, Handbuch des Staatsrechts, 5.Band, 1992, § 111 Rn. 113; 130 f; siehe dagegen etwa das BVerfG in seiner Nachtarbeitsentscheidung, das den Begriff der „Schutzpflicht“ verwendet (BVerfG Urt.v. 28.1.1992 NJW 1992, 964, 966).

832 Etwa J.Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373, der sich jedenfalls grammatisch immerhin auf das BVerfG stützen kann..

833 J.Isensee, a.a.O., § 111 Rn. 133.

834 Siehe zum Begriff, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 122 (1997), 65, 78.

835 Siehe dazu im 7.Kapitel.

836 Siehe hierzu auch den im 4.Kapitel III 1 geschilderten Fall „Lochner v.New York“.

837 J.Isensee, a.a.O., § 111 Rn. 119.

838 Ausnahme: BVerfGE 46, 160, 164 f „Schleyer“, bei der die Verpflichtung zum Schutz des Lebens von Herrn Schleyer bejaht wird, im Ergebnis wegen der Verpflichtung zum Schutz der Leben anderer (Art. 2 Abs. 2 GG), die sich in einem völlig anderen Gefährungsstadium befinden, eine Entscheidung über das Ziel (das Leben Herrn Schleyers oder das der übrigen Bevölkerung) und der einzusetzenden Mittel der Regierung überlassen bleiben.

tigung des „Schutzbereichs“ (in der hier verwendeten Terminologie handelt es sich um die Verletzung des effektiven Garantiebereichs⁸³⁹), die verhindert werden soll. Überzeugend ist diese Konstruktion jenseits der expliziten Schutzpflichten (Art. 6 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) vor allem bei Beeinträchtigungen von Leben und Gesundheit, die nicht konsentierenden Grundrechtsträgern drohen beziehungsweise Ihnen gegenüber begangen werden (Art. 2 Abs. 2 GG). Das Schutzpflichtenargument kann nicht auf alle Grundrechte erstreckt werden, weil der Staat nicht vor jeder Beeinträchtigung (hypothetisch⁸⁴⁰) schützen kann, wenn Freiheit übrigbleiben soll. Eine Erstreckung der Schutzpflichten etwa auf die negative Meinungsfreiheit würde die aktive Meinungsfreiheit relativieren.⁸⁴¹ Das ist auch der Grund, warum für die Bejahung einer Schutzpflicht besondere Kriterien gelten müssen. Das Tatbestandsmerkmal des Eingriffs als Voraussetzung der Grundrechtsprüfung bei der Abwehrfunktion verlangt nach einer qualitativen Beschreibung der Voraussetzungen, die bei dem Grundrechtsträger, der ein positives „Verhinderungshandeln“ des Staates als *staatliche Leistung* verlangt („Schutzpflicht“), vorliegen müssen. Diese Situation spiegelt sich auch in der BVerfG-Rechtsprechung wieder. Für die *Zulässigkeit* einer auf die Schutzpflichten gestützten Verfassungsbeschwerde muß der Beschwerdeführer dartun, daß

„die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen *entweder überhaupt nicht getroffen* hat oder daß *offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet* oder *völlig unzulänglich sind das Schutzziel zu erreichen*. Will der Beschwerdeführer geltend machen, daß die öffentliche Gewalt ihrer *Schutzpflicht allein dadurch genügen kann, daß sie eine ganz bestimmte Maßnahme ergreift, muß er auch dies und die Art der zu ergreifenden Maßnahme schlüssig darlegen*“⁸⁴².

Grundsätzlich ist festzustellen, daß die Schutzpflichten⁸⁴³ dem Staat weitaus mehr Gestaltungsspielraum zugestehen als bei der Unterlassung eigener Eingriffe.

839 Eine Berührung des Schutzbereichs reicht gerade in den von multilateralen Grundrechtsollisionen geprägten, Wettbewerbsverhältnissen nicht aus.

840 Falls der Staat in die Rechtssphäre eingreifen würde.

841 Aus diesem Grund ist das Argument es bestehe eine Schutzpflicht des Staates für die Vertragsfreiheit der Kontrahierenden (B. Kempen, Grundrechtsabwägung im Vertragsrecht, DZWir 1994, 499, 503), der zu einem grundsätzlichen Respekt vor dem Willen der Vertragsparteien verpflichte, systemfremd. Hier handelt es sich um das Grundrecht der Vertragsfreiheit im Sinne eines Abwehrrechts und vielleicht eine Berührung des Leistungsrechts auf Schaffung einer Rechtsordnung, die vertraglich begründete Ansprüche durchsetzbar macht.

842 BVerfGE 77, 170, 229 "C-Waffen"; BVerfGE 56, 54, 80 f "Fluglärm" verlangt evidente Grundrechtswidrigkeit. S. a. den Überblick bei A.Scherzberg, Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität", 1989, S. 194 ff und G.Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S.65 ff zu den Voraussetzungen von Schutz"pflichten."

843 Für eine subjektiv-rechtliche Qualifizierung der Schutzpflichten C.W.Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, S. 228 unter Hinweis auf BVerfGE 46, 160, 163 "Schleyher". Unter Hinweis auf den Verfassungsauftrag zur Herstellung und Sicherung der Bedingungen effektiver Grundrechtsausübung auch A.Scherzberg, DVBl. 1989, S.1128, 1132. Gegen eine Unterminierung grundrechtlicher Freiheiten durch Schutzpflichten P.Preu, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten - Überlegungen aus

„Dem Gesetzgeber steht vielmehr bei der Erfüllung der Schutzpflicht eine weite Einschätzungs-, Wertungs-, und Gestaltungsfreiheit zu, die auch Raum läßt, etwa konkurrierende öffentliche oder private Interessen zu berücksichtigen.“⁸⁴⁴

Diese Prämisse spiegelt sich auch in der Terminologie dieser Arbeit wieder, wenn die Frage nach „Schutzaufträgen“⁸⁴⁵ gestellt wird. Soweit aber noch keine solche Gefahrenlage für konkrete Rechtsgüter besteht, die es rechtfertigen von einer Schutzpflicht zu sprechen, solange besteht verfassungsrechtlich auch *kein Zwang* zur Berücksichtigung von Interessen im einfachen Recht. Es ist deshalb eine Einzelfallfrage, inwieweit bei konkreten Werbungen die Würdigung der Interessen der Rezipienten zu einer Untersagung von Werbung führen *müssen*. An dieser Stelle, die sich mit den grundsätzlichen Voraussetzungen der Wirkung des Verfassungsrechts bei der Konkretisierung einer Generalklausel auseinandersetzt, bleibt festzuhalten, daß nachgewiesen werden muß, daß

(1) eine Schutzpflicht besteht, weil ein grundrechtlicher Schutzbereich eröffnet ist und beeinträchtigt wird;

und

(2a) für die Erfüllung dieser Schutzpflicht § 1 UWG und § 823 Abs. 1 BGB, so wie sie bisher durch die Rechtsprechung konkretisiert werden, „gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind“⁸⁴⁶, um den Schutz von Rezipienteninteressen zu gewährleisten; oder

(2b) eine bestimmte Konkretisierungsoption (unter mehreren), die mit § 1 UWG und § 823 BGB vereinbar ist, verfassungsrechtlich wegen der zum Schutzanspruch mutierten Schutzpflicht gefordert ist („objektive Entscheidungsdeterminanz“).

Falls die Kombinationsargumentation (1) + (2a) oder (1) + (2b) nicht schlüssig ist, die Rechtsprechung wie in Fall III („Schlüpferstürmer“; dazu siehe im 7. Kapitel) aber dennoch einen zwingenden Schutz annimmt („subjektive Entscheidungsdeterminanz“), dann handelt es sich um eine Entscheidung, die verfassungsrechtlich nicht gefordert ist („keine objektive Entscheidungsdeterminanz“). Es kann sich um eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Übermaßes handeln (siehe die anliegende Übersicht), wenn das Untermaß der Kommunikationsrechte des Kommunikators nicht gewahrt ist.

Anlaß des Gentechnikanlagen-Beschlusses des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, JZ 1991, S.265 auch unter Hinweis auf die Affinität der Drittwirkungslehre mit den Schutzpflichten (267).

844 BVerfG Kammerbeschl.v.9.2.1998 (Ablehnung der Annahme) EuGRZ 1998, 173 zum Nichterlaß eines Nichtraucherschutzgesetzes.

845 Das BVerfG (BVerfGE 81, 242, 256 "Handelsvertreter") spricht von "Schutzuftrag und versteht hierunter vor allem die Pflicht des Gerichts, den "objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte in Fällen mit gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen." Zur Unterscheidung von Schutzuftrag und Schutzpflicht J.Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, Handbuch des Staatsrechts, 5.Band, 1992, § 111 Rn. 130.

846 Zur Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, wenn einfachrechtliche Schutznormen aufgrund neuerer Erkenntnisse nicht mehr geeignet scheinen Gesundheitsgefährdungen auszuschließen BVerwGE 101, 347, 351.

Diese Tatbestandsvoraussetzungen zeigen deutlich, dass das Bestehen einer *staatlichen Schutzpflicht* zum Schutz der Rezipienten vor Werbung, die durch ein konkretes Rezipientenschutzgesetz zu erfüllen wäre, in weite Ferne rückt.

Davon zu trennen ist der Schutz der negativen Rezipienteninteressen durch die Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.⁸⁴⁷ Dieseits grundrechtlicher Schutzpflichten mag es (unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts) einen Schutz von Rezipienteninteressen geben, der sich lediglich nicht im Übermaßbereich des Schutz des Kommunikators bewegen darf.

Mit dieser Argumentationsstruktur wird auch deutlich, daß jeweils eine Parallelbetrachtung der Bindung von Gesetzgeber und Rechtsprechung erfolgen muß. Gerade bei „Generalklauseln“, bei denen der Gesetzgeber der Rechtsprechung auch eine Rechtssetzungsbefugnis⁸⁴⁸ eingeräumt hat, ist dieses Vorgehen zwingend. Es muß dann versucht werden, danach zu differenzieren, ob von der Rechtsprechung „Rechtssetzung“ oder „Gesetzesfortbildung“ verlangt wird.

Auch wenn eine Schutzpflicht für den Gesetzgeber bestünde, ist selbst bei den Generalklauseln noch nicht ohne weiteres davon auszugehen, daß die Rechtsprechung in gleichem Maße verpflichtet ist wie der Gesetzgeber. Dem Gesetzgeber steht regelmäßig eine Beratungs- und Umsetzungsfrist zu, während die Rechtsprechung zur sofortigen Erfüllung der Schutzpflicht in einer Entscheidung verpflichtet würde. Es sind Sachverhalte vorstellbar, in denen die generalklauselfundierte Rechtssetzung, die durch die Streitgegenständliche, punktuelle Befassung der Gerichte erfolgt, den komplexen Regelungsbedürfnissen einer geeigneten Erfüllung der Schutzpflicht nicht genügen kann. Festzuhalten ist, daß bei der Generalklausel auch eine Schutzpflicht des Gesetzgebers zur Rechtssetzung nicht immer und unmittelbar in einer Pflicht zur Rechtssetzung durch das Gericht mündet.

Wenn die Voraussetzungen für eine Schutzpflicht (des Gesetzgebers und/oder der Rechtsprechung) nicht vorliegen oder eine Schutzpflicht zwar besteht, eine bestimmte Entscheidung des Gerichts aber nicht beansprucht werden kann, dann stellt sich die grundsätzliche Frage der Mitwirkung der Rechtsprechung an privaten Grundrechts“ eingriffen“.

847 v. 20.5.1997 ABI Nr.L144/9 Art. 10:

(1) "Die Verwendung folgender Techniken durch den Lieferer bedarf der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers:

- Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-System)
- Fernkopie (Telefax).

(2) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, daß Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, mit Ausnahme der in Absatz I genannten Techniken nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat.

848 Hier wird man auch den grundsätzlichen Unterschied zwischen § 1 UWG und § 823 Abs. 1 BGB sehen müssen. Das BVerfG hat bei § 823 Abs. 1 BGB diese Rechtsfindung zwar für verfassungsrechtlich zulässig erachtet, aber eben nur weil sie sich in den engen Grenzen des Systems des BGB hielt BVerfGE 34, 269, 280 .

dd) Einwirkung der Grundrechte auf das UWG: das Eingriffsverbot gegenüber der Rechtsprechung oder die mittelbare Wirkung

α) *Privater Grundrechtseingriff und richterliche Mitwirkung (Art. 1 Abs. 3 GG)*

Die Judikative, die in der Praxis die Generalklausel konkretisiert (§ 1 UWG), ist an die Grundrechte gebunden (Art.1 Abs.3 GG). Die „Grundrechtsbeeinträchtigung“ erfolgt bei wirtschaftlicher Betätigung und Werbung wiederum durch Private; deshalb stellt sich, grundsätzlich wie bei der Gesetzgebung, die Frage nach der Drittwirkung der Grundrechte.⁸⁴⁹

Der Einbeziehung von Grundrechten *nur in die richterliche* Konkretisierung der Generalklausel, und nicht bei der Konkretisierung durch sonstige, private Anwender, wurde entgegengehalten, daß es systemwidrig ist, *dann, wenn und ab dem Zeitpunkt, ab dem* ein Gericht entscheidet, eine im Ergebnis *unmittelbare* Drittwirkung anzunehmen. Es sei untragbar, daß nur Kläger (und Beklagte) (abwehrrechtlichen) Grundrechtsschutz genießen und diejenigen, die die Gerichte *nicht* bemühen, keine grundrechtlichen Abwehrrechte (gegen Sprache und Handlungen Privater) geltend machen können. Diesen Bedenken trägt *J.Schwabe* durch die grundsätzliche Anerkennung einer unmittelbaren Drittwirkung auch *vor* dem Ausgangspunkt der eigenen Argumentation - der Mitwirkung des Gerichts an der Grundrechts“verletzung“ - Rechnung.⁸⁵⁰ Mit dieser Forderung nach der unmittelbaren Drittwirkung geht konsequent auch eine entscheidende Änderung wenn nicht sogar Aufgabe der Auffassung vom „klassischem Eingriff“ einher: der private Eingriff sei dem staatlichen Eingriff gleichzuachten. Dort, wo Grundrechte verletzt werden, bestehe immer ein *Abwehrrecht* des einzelnen gegen staatliche *Mitwirkungshandlungen*, die als richterliche Urteile die private Grundrechtsverletzung zumindest „dulden“. Damit werden die Grundrechte zu *Abwehrrechten* auch gegen Private. Mit der Aufgabe des „klassischen Eingriffs“ stellen sich dann für den privaten wie den staatlichen Eingriff identische Probleme - also die Bewertung faktischer Schutzbereichsbeeinträchtigungen wie auch von Schutzbereichsgefährdungen wie auch der Selbstschädigung. Die Hauptkritik an der konsequenten Annahme dieser unmittelbaren Drittwirkung ist die so erfolgende Verlagerung der *Ermittlung der Voraussetzungen und Grenzen einer privater Freiheit Privater - wieviel Freiheit vor dem Staat gibt es zwischen Privaten, die etwa*

849 Die Gesetzgebung ist - weil ein individueller Anspruch auf ein gesetzliches Tätigwerden bestehen muß (Schutzpflicht) - vom Beeinträchtigungsvorgang *weiter* entfernt als die Rechtsprechung, die durch ein dem Grundrechtsträger nicht stattgebendes Urteil bzw. die Zwangsvollstreckung im Vergleich zur Gesetzgebung "unmittelbar" mitwirkt.

850 So J.Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S.20, f, auch der auf Vertrag beruhende Leistungsbefehl des gerichtlichen Urteils ist ein Rechtsbefehl und damit ein Eingriff; dagegen C.W.Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP184 (1984), S.217, 230 der der richterlichen Urteilsgewalt nur kompetentielle Bedeutung beimißt. Die Gestaltungsbefugnis Privater lasse sich auch mit der staatlichen Eingriffsbefugnis nicht vergleichen, weil sie im vertraglichen Bereich zwar richterlicher Durchsetzung, im außervertraglichen Bereich dagegen keiner richterlichen Durchsetzung bedürfe.

in Art. 12,, 2 und 5 GG geschützt ist - auf eine *konstruktive Ebene*, bei der der Richter von der Geltung der Grundrechte ausgehen muß, und dann durch den *Prozeß* der Konkordierung Untermaße (und Übermaße) auslotet. Der Richter ist im Privatrecht nahezu immer mit zwei Grundrechtsträgern („multilaterale Grundrechtsverhältnisse“⁸⁵¹) konfrontiert und grundsätzlich ist das Recht des einen der „Eingriff“ in das Recht des anderen. Allein die Konstruktion des Rechts des einen als Eingriff in das Recht des anderen, mag, *vor* der Involvierung des Gerichts, der Überzeugung beider widersprochen haben (im Falle konsensualer Grundrechtsausübung). Und diese Überzeugung ist auch der Teil ihrer Freiheit. Bei einer unmittelbaren Drittwirkung, die auf den Abwehrcharakter der Grundrechte gestützt ist, bleiben zudem die Probleme der *Kausalität* des „privaten“ Eingriffs für die Beeinträchtigung als auch das Problem *eines Grundrechtsschutzes gegen sich selbst ungelöst*. Das Konstrukt einer Grundrechtsgeltung *wegen* der Mitwirkung des Richters wird jedenfalls bei der Grundrechtsverwirklichung durch (vertraglichen) Konsens sofort mit den eigenen Konstruktionsmängeln konfrontiert: Auch die Privatheit Privater (Art. 2 Abs. 1 GG) ist geschützt, und die staatliche Intervention bei der privaten Verpflichtung *eines* Vertragspartners, der von seinem geäußerten Willen (und/oder dessen Folgen) entbunden wird, stellt auch die Freiheit „aller“ Privaten in Frage. Bei der Werbung entscheidet der Rezipient, ob er zuhört, kauft oder verbraucht.

Herkömmlicherweise würde man hier eine Unterbrechung der Kausalkette sehen, wenn nicht die Werbung den Rezipienten - wie im Fall subliminaler Werbung befürchtet wird (dazu siehe im 3. Kapitel I 4 a) - seiner Erkenntnis- und/oder Steuerungskraft beraubt oder sie zumindest gefährdet.

Unmittelbar kausal ist damit das Handeln des privaten Grundrechtsträgers - die *Selbstschädigung* - und nicht der Private, der (vielleicht selbst insoweit Grundrechtsträger ist und) „eingreift“. Nach hier vertretener Ansicht können Kollisionen der Grundrechte von (aktiven und passiven) Grundrechtsträgern besser im Rahmen der Schutz- und Garantiebereichsermittlung berücksichtigt werden als in einer unmittelbar auf Kollisionskurs gehenden und endenden, verfassungsrechtlichen „Interessen“abwägung. Und die Elevation des Richters zum Tatbestandsmerkmal des Eingriffs kann⁸⁵² bereits per se ein Eingriff sein. Die Ablehnung der unmittelbaren Drittwirkung bei der Grundrechtsprüfung von wirtschaftlicher Sprache und Betätigung mag oft eine Leerformel sein; sie kann aber auch zur Lehrformel werden, wenn der Verfassungsinterpret damit deutlich macht, daß er in seiner Argumentation den Unterschied staatlicher Beschränkung und privater Selbstbestimmungsmacht verinnerlicht und deshalb der Einschränkungen der Grundrechtsanwendung *infolge konsensualer Grundrechtsverwirklichung* Rech-

851 J. Isensee, a.a.O., § 11 Rn. 119. Siehe zu multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis M.Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, S. 18 ff.

852 Muß aber nicht, wie die Vertragsparitätsentscheidung zeigt - Eingriff per se sein.

nung trägt. Auch die Kommunikationssituation weist - wie oben gezeigt - Ähnlichkeiten mit der konsensualen Grundrechtsverwirklichung durch den Abschluß von Verträgen auf. *Der Staat, der sich in diese Kommunikationssituation zwischen Privaten einmisch, darf für private Kommunikation nicht die Maßstäbe anlegen, die für staatliche Sprache im wirtschaftspolitischen Bereich gelten.* Hier wird jede zutreffende staatliche Sprache grundsätzlich als Eingriff⁸⁵³ in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer gewertet. Die Werbung des einen Mitbewerbers ist kein Eingriff in die Werbung oder wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des anderen, weil Absatzchancen grundrechtlich nicht geschützt sind. Auch die Bewertung des negativen Rezipienteninteresses unterscheidet sich bei staatlicher und privater Kommunikation.

Der Staat kann nach hier vertretener Ansicht an seine Bürger Informationswerbung schicken und muß einen Sperrvermerk am Briefkasten „Keine Werbung“ nicht respektieren; gerade diesen Respekt kann der Beworbene gegenüber privater Werbung einklagen (dazu siehe im 7. Kapitel).

Es bedarf also eigener Maßstäbe für die Kommunikation zwischen Privaten, die nicht durch die Eingriffsratio der staatlichen Kommunikationssituation ersetzt werden können; und diese Maßstäbe führen gegebenenfalls zu weniger Schutz vor dem Handeln und der Sprache Privater als vor dem Staat. Diese Verfassungseffektivität im Wege der „lean constitution“ im Wirtschaftsrecht anstrebende Interpretation erkennt das Problem der weitgehenden Substanzleere verfassungsrechtlicher Gewährleistungen, *soweit es um die Details der Erfüllung dieser Gewährleistungen geht.* Will man das Verfassungsrecht nicht zu einfachem Recht machen, und es so seiner Maßstabfunktion für einfaches Recht entkleiden, so bleiben die Aussagen des Verfassungsrechts zur Interessenabwägung im Einzelfall - jenseits der Evidenzfälle der „objektiven Entscheidungsdeterminanz“ - vage. Diese Überlegungen zeigen auch die Konnexität von dogmatischer Drittwirkungsproblematik und materiellem Freiheitsverständnis. Der Auffassung *Jürgen Schwabes* ist entgegenzuhalten, daß hier auf einer *dogmatischen*, formalen Ebene Fragestellungen vermeintlich gelöst werden, die eine materielle Einzelfallbeurteilung und den Nachweis eines auch *materiellen* Freiheitsverständnisses verlangen. So ist etwa die Jellineksche Statuslehre von der Freiheit *vor* dem Staat konsistent mit der dogmatischen Ausformung vor allem von Abwehrrechten.⁸⁵⁴ Durch die Bejahung der unmittelbaren Drittwirkung (und mit dem Verzicht auf das unmittelbare

853 Zu staatlicher Kommunikation als Eingriff V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, S. 125 ff. BVerwG Urt.v.7.12.1995 NJW 1996, 3161 "Warentest"; BVerwGE 71, 183, 185 "Transparenzliste".

854 E.Grabitz, Freiheit und Verfassung, 1974, S.48, ff (51), der das Statusdenken als Wandlung von vorstaatlicher Freiheit in Freiheit vor dem Staat beschreibt (S.173,f, 178). Ch.Enders, Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken, Der Staat 35 (1996), 351, 354 ff.

Kausalitätserfordernis des Eingriffs⁸⁵⁵) wird diese Freiheit materiell verkleinert.⁸⁵⁶ Es fehlt dieser Konzeption neben der formalen Argumentation eine materielle Festlegung, welche Freiheitsvorstellung ihr zugrunde liegt. Deshalb kann diese Ansicht auch nicht die Frage nach dem *Maß* der Drittwirkung gegenüber Privatrechtsgesetzen beantworten - wieviel Staatsfreiheit kann überhaupt noch erhalten werden? Eine Suche im Einzelfall nach Inhalt und Grenzen der privatautonomen Handlungsfreiheit des einzelnen, seiner Freiheit sich unverhältnismäßig zu binden oder selbst zu gefährden („Stat pro ratione voluntas“) - so bei Werbung, die das Äquivalenzinteresse des Verbrauchers, das Integritätsinteresse und das Rezipienteninteresse berührt - ist unvermeidbar und durch die Annahme unmittelbarer Drittwirkung aufgrund der Einschaltung der Gerichte nicht (besser) gelöst.

β) *Materiell-mittelbare Drittwirkung durch die Generalklausel*

Bei § 1 UWG kommt hinzu, daß es sich um eine „wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige“ Generalklausel“ handelt. Für diese Generalklauseln ist, nach der Rechtsprechung⁸⁵⁷ nicht nur eine formell-mittelbare sondern im Anschluß an *Günther Dürig*⁸⁵⁸ auch eine materiell nur *mittelbare* Wirkung der Grundrechte im Rahmen der richterlichen Konkretisierung zu bejahen. „Mittelbar“ zunächst deshalb, weil die Theorie der mittelbaren Drittwirkung sowohl der *Eigenständigkeit* der Privatrechts wie auch dem Bedürfnis nach *Einheit des Rechts* Rechnung tragen will.⁸⁵⁹ So darf der Privatrechtsgesetzgeber, der die Generalklausel schafft, auch Vorstellungen darüber entwickeln, welche verfassungsrechtlich geschützten Werte er im einzelnen verwirklichen will. So hat etwa die Rechtsprechung zu § 1 UWG lange Zeit vorrangig dem Schutz der Mitbewerber gedient und erst in jüngerer Zeit den Schutz der Verbraucher integriert, ohne daß diese Konkretisierung grundsätzlich als verfassungswidrig zu qualifizieren ist. Bereits *Günther Dürig* beschrieb Fälle, in denen die privatrechtlichen Generalklausel als Einfallstor für mittelbare, verfassungsrechtliche Wertungen die Determinanz des Verfassungsrechts behauptet, und so die Aufgabe der Eigenständigkeit des Privatrechts verhüllt. Er unterschied drei „Intensitätsgrade“ der Wirkungen der Verfassung, nämlich :

- (1) *Verfassung* als Verdeutlichung privatrechtlicher Begriffe („*Wertdifferenzierung*“);
- (2) *Verfassung* als wertgeschärfte Auslegung privatrechtlicher Begriffe („*Wertakzentuierung*“) und

855 Weil der Richter an einem Verhalten mitwirkt, das zu einem Grundrechtseingriff führen kann.

856 Eine Behandlung der Problematik des Grundrechtsschutzes vor sich selbst fehlt bei solchen Betrachtungen.

857 Etwa BVerfGE 81, 242, 256 unter Bezugnahme auf BVerfG 7, 198, 206 "Lüth".

858 G.Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Hans Nawiasky, 1956, 157, 176 f.

859 G.Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Hans Nawiasky, 1956, 157, 177.

(3) *Verfassung* als *Lückenfüllerin* des Privatrechts.⁸⁶⁰

Bei der Lückenfüllungsfunktion der Verfassung (3) können in Fortführung des Ansatzes von Günther Dürig mehrere Alternativen unterschieden werden:

- (a) *Ergebnisrelevanz*. Die Konkretisierung kann vom Verfassungsrecht in einer ganz bestimmten Form (Konkordierung mehrerer Grundrechte von unterschiedlichen Grundrechtsträgern) mit *einer* verfassungsrechtlich determinierten Rechtsfolge gefordert sein. Das hätte zur Folge, daß das Verfassungsrecht *unabhängig von der Existenz einer Generalklausel* unmittelbar ein bestimmtes Konkretisierungsergebnis verlangt („*objektive Entscheidungsdeterminanz*“). Das war die Situation der Handelsvertreterentscheidung des BVerfG.⁸⁶¹
- (b) *Methodenrelevanz*. Die Konkretisierung einer Generalklausel kann durch das Verfassungsrecht in *seiner Methode* beeinflußt werden. Die Folge ist die zwingende Berücksichtigung bestimmter Interessen, ohne daß das Verfassungsrecht unmittelbar selbst ein Konkretisierungsergebnis vorgibt. Es handelt sich in diesen Fällen um eine verfassungsrechtliche Konturierung des Entscheidungskorridors, die auch dazu führen kann, daß die Wettbewerbsgerichte eine grundrechtlich verbürgte negative Rezipientenfreiheit in die Konkretisierung von § 1 UWG aufnehmen müssen⁸⁶² und deshalb anstößige Plakatwerbung wie in Fall II b („Tote Herzen“) untersagen kann. Die Lückenfüllungsfunktion (3) hat insoweit Berührungspunkte mit der von Günther Dürig so genannten „*Wertakzenturierung*“
(2)

Diese Unterschiede im Intensitätsgrad der verfassungsrechtlichen Wirkung auf das Privatrecht werden in der BVerfG-Rechtsprechungspraxis nur selten offengelegt; der Literaturvorwurf geht sogar soweit, daß das Gericht die Bedeutung dieser Intensitätsunterschiede verkennt, beziehungsweise falls es sie erkennt, unzutreffend gewichtet.⁸⁶³ Das Gericht bedient sich in seinen Begründungen grundsätzlich einer Kombinationsformel

- aus verfassungsrechtlichen Prinzipien⁸⁶⁴,
- grundrechtlichen *Schutzaufträgen* und

860 a.a.O., S. 176- 180.

861 BVerfGE 81, 242, 262 f; im konkreten Fall hätten die Gerichte entweder eine bestehende, dem Übermaßverbot widersprechende Norm (§ 90 a Abs. 2 S.2 HGB) verwerfen müssen oder prüfen müssen, inwieweit eine Art. 12 GG entsprechende Konkretisierung von Art. 90 a Abs. 2 GG möglich sei.

862 Dazu siehe im 7.Kapitel..

863 J.Isensee, Karlsruhe ist nicht mehr unangreifbar, FAZ 26.9.1996, S.13. Am Beispiel der Vertragsparitätsentscheidung behauptet C.W.Hergenröder (Vertragsimparität und richterliche Inhaltskontrolle, DZWiR 1994, 485, 491) die Möglichkeit der einfachgesetzlichen Begründung; ein Anwendungsfall ist BGH Urt.v. 5.1.1995, WM 1995, 237 ff.

864 die es selbst erst entwickelt hat, wie das Sozialstaatsprinzip BVerfGE 81, 242, 255.

- dem Charakter der Grundrechte als objektiver Werteordnung.⁸⁶⁵

Diesen Begründungen ist entgegengehalten worden, daß die Grundrechte keine systematische Geschlossenheit und damit auch keinen Ordnungscharakter enthielten.⁸⁶⁶ Auch punktuelle und konturenhafte Regelungen können indes für eine Ordnungscharakter ausreichen.⁸⁶⁷ Nach hier vertretener Ansicht ist das Hauptargument gegen die Rechtsprechungspraxis nicht vorrangig der Bezug auf die „Werteordnung“ oder auf „Schutzaufträge“, sondern das Fehlen der Offenlegung der unterschiedlichen Intensität der Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Privatrecht. Und es ist eben im Einzelfall darzulegen, inwieweit der Wirkungsgrad der Grundrechte über das Vorliegen einer Kollisionslage, die zu Konkordierungen zwingt, bei Werbung und den von ihr betroffenen Interessen für das *Ergebnis* und/oder die *Methode* („*Wertakzentuierung*“) Relevanz hat oder haben kann. Das BVerfG sieht zunächst nur die Kollisionslage als Grund für diesen unterschiedlichen Wirkungsgrad der Verfassung.

„Mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellt sich dem Gesetzgeber ein Problem *praktischer Konkordanz*. Am Zivilrechtsverkehr nehmen gleichrangige Grundrechtsträger teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Ziele verfolgen. ...Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst wirksam werden.“⁸⁶⁸

γ) *Schutz vor Grundrechtsgefährdungen*

Von dieser grundsätzlichen Erfassung der Intensität von Mittelbarkeit und/oder Unmittelbarkeit der Drittwirkung ist⁸⁶⁹ eine weitere Frage zu unterscheiden: die Frage nach dem Schutz vor Grundrechts*gefährdungen*.⁸⁷⁰ Es handelt sich um diejenige Schutzpflicht, die auch Tatbestandskonstellationen umfaßt, bei denen nicht sicher ist, daß es zu einem *Eingriff* kommt, bei denen aber eine Gefähr-

865 BVerfGE 81, 242, 256; Wertvorstellung des Grundgesetzes BVerfGE 32, 311, 318 "Grabsteinwerbung".

866 Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung, 1979, S.223.

867 Für eine solche Funktion P.Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 GG, 1983, 2.Aufl., S. 4; K.V.Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, 1971, S.101 unter Zurückweisung von Meinungen, die ein geschlossenes System verlangen und nicht nur punktuelle Regelungen genügen lassen wollen.

868 BVerfGE 89, 214, 232.

869 Anders R.Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S.487 ff, der entgegen J.Schwabe eine Zurechenbarkeit des Handelns Privater an die Gerichte verneint und die "unmittelbare Wirkung der Grundrechte unter Privaten" *nur* unter dem Gesichtspunkt der Schutzpflichten erfaßt. Im Rahmen dieser Arbeit wird aber als Hauptfunktion der "Schutzpflichten" der (vorbeugende) Schutz vor Grundrechts*gefährdungen*, *und nicht erst vor Grundrechtsbeeinträchtigungen* gesehen.

870 Das Abwehrrecht verlangt die Feststellung eines Eingriffs; dieser ist bei Gefährdungen grundsätzlich *nicht* gegeben. Selbst wenn man Literaturlösungen folgt, die für einen Grundrechtseingriff auch einen Gefahrenlage ausreichen lassen, dann ist das Abwehrrecht lösungsorientiert nicht optimal. Es ist auf Untersagung von Eingriffen gerichtet und ermöglicht damit keine vermittelnden Lösungen, wie bspw. Warnhinweise; Vgl. L.Determann, Über den rechtlichen Umgang mit neuen gefahrverdächtigen Technologien am Beispiel der Mobilfunk-Sendeanlage, 1996, S. 113 f. m.w.N.

dungssituation bejaht werden kann⁸⁷¹. Beim Schutz der *negativen Rezipientenfreiheit* entbehren solche Gefährdungsszenarien insbesondere wegen der „Schwere“ der Beeinträchtigung jeder Plausibilität. Diese Schutzpflichtenargumentation, die bereits Grundrechtsgefährdungen erfaßt, könnte für den Schutz der *Integritätsinteressen* durch Werbebeschränkungen von Bedeutung sein - etwa bei der Tabakwerbung.

Die Schutzpflichten können entweder Schutz vor Verhalten des Staates⁸⁷² oder Schutz vor dem Verhalten anderer Grundrechtsträger - etwa der Schutz der Rauchern vor Nichtrauchern⁸⁷³ - verlangen.

Es ist weder ausgeschlossen noch fernliegend, daß diese Werbung zur Gefährdung von Integritätsinteressen beiträgt - wenn es auch vielleicht an einem Nachweis der Kausalität von Werbung für die *Erhöhung*⁸⁷⁴ des Konsums (noch) fehlt.⁸⁷⁵ Die Integritätsinteressen, nämlich die Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), von Rauchern und Nichtrauchern drohen beeinträchtigt zu werden: entweder weil der Konsum der Raucher konstant bleibt⁸⁷⁶ - trotz aller gesellschaftlicher und politischer Kritik - und deshalb Nichtraucher betroffen sind; oder weil die Nikotinsucht jedenfalls bei einigen Rauchern zu Kontrollverlusten und Selbstschädigung führt.

Unter Berufung auf die Schutzpflicht vor drohenden Beeinträchtigungen könnte also ein Wettbewerbsgericht ein Verbot der Zigarettenwerbung in der Presse – das bisher nur in Jugendzeitschriften besteht - als Konkretisierung von § 1 UWG begründen. Einer Erklärung, wie (un-)mittelbar die Grundrechte unter Privaten Anwendung finden, bedürfte es bei dieser Schutzpflichtargumentation nicht. Einer schlüssigen Dogmatik widerspricht es, den Aspekt des „Ob“ einer Drittwirkung jenseits der expliziten, verfassungsrechtlich angeordneten Schutzpflichten (etwa Art. 1 Abs. 1 und Art. 6 GG) mit dem Schutzpflichtenargument zu „überge-

871 BVerfG Beschl.v.17.2.1997 NJW 1997, 2509 mit Anmerkung L.Determann, BVerfG zur staatlichen Pflicht zum Schutz der Gesundheit vor elektromagnetischen Feldern, NJW1997, 2501.

872 Siehe BVerfG Kammerbeschl. v. 2.10.1997 NJW 1998, 975 zur Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde gegen die Mitwirkung der Bundesrepublik am Forschungsflug Cassini zum Planeten Saturn.

873 Im Ergebnis nicht erfolgreich BVerfG Kammerbeschl.v.9.2.1998 (Ablehnung der Annahme) EuGRZ 1998, 173 zum Nichterlaß eines Nichtraucherschutzgesetzes. Anderer Meinung A.Faber, Gefahren des Rauchens und staatliche Schutzpflichten DVBl. 1998, 745, 753 und zu der Frage, inwieweit Schutzpflichten durch Selbstregulierung der Wirtschaft erfüllt werden können.

874 Unstrittig ist, daß die Werbung für die Art der Konsumbefriedigung - die Wahl der Marke - kausal sein kann.

875 Kritisch Th.v.Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischem Grundrechtsschutz, 1998, S. 55-57, der eine Eignung des Werbeverbots nur dann bejahen will, wenn wissenschaftliche Studien das belegen. Bis dahin soll die Plausibilität, daß Werbung zur Absatzförderung, oder wenigstens zur Erhaltung des Absatzes dient, "scheinbar" sein.

876 FAZv.28.7.1998, S. 18 gibt eine Stagnation des Konsums an.

hen⁸⁷⁷. Dem Freiheitscharakter der wirtschaftlichen Betätigung und der Sprache widerspricht es, das durch die BVerfG-Rechtsprechung konkretisierte „Schutzpflichtenargument“ als Grundlage eines *staatlichen Schutzes vor sich selbst in der privatautonomen Lebensgestaltung zu verwenden*.^{878 879} Diese Auffassung erkennt damit wiederum, daß es gewollte, *privatautonome Lücken im Grundrechtsschutz gibt* und der Staat *nicht in gleicher Weise*, wie er bei *eigenem* Handeln zur Wahrung der Grundrechte verpflichtet ist, auch grundsätzlich nicht verhindern muß, das der einzelne *durch Sprache dazu motiviert wird sich zu schädigen*⁸⁸⁰. Neben diesen materiellen Schutzbereichsproblemen, die bei klassischer Werbung zum *Schutz vor Schutzpflichten* führen müssen, stellt sich das grundsätzliche Problem der Bindung *der Rechtsprechung* an die Schutzpflichten. Im nächsten Unterabschnitt geht es deshalb um die Anwendung des Schutzpflichtenarguments zur Verhütung von *Eingriffen* - und nicht Gefährdungen - im Rahmen der Konkretisierung von § 1 UWG.

ee) Einwirkung der Grundrechte auf das UWG: die Verletzung von Schutzpflichten durch die Rechtsprechung

β) *Schutzpflichten der Rechtsprechung bei Generalklauseln*

Fraglich ist zunächst, ob Schutzpflichten sich an die Rechtsprechung richten oder ob sie eine Gesetzesmediatisierung verlangen.⁸⁸¹ So könnte man argumentieren, daß der Gesetzgeber Schuldner der Schutzpflicht ist und es nicht Sache der Rechtsprechung ist, eine gesetzgeberische Untätigkeit trotz bestehender Schutzpflicht durch richterliche Rechtskonkretisierung zu „heilen“. Eine Parallele zu diesem Argument findet sich in der früheren Kritik an der Zulässigkeit „verfassungskon-

877 Anders im Ergebnis von J.Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373, 382, der im rechtsgeschäftlichen Bereich eine Identität der Reichweite von Schutzpflicht und Abwehrrecht annimmt, und deshalb eine unmittelbare Drittwirkung annimmt.

878 Anders R.Singer, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1123, 1140, der eine Schutzpflicht immer dann bejahen will, wenn Defizite bei der Verwirklichung formaler Entscheidungsfreiheit vorliegen. Er übersieht dabei den freiheitsgefährdenden Charakter einer staatlichen Beurteilung faktischer Defizite bei der Grundrechtsverwirklichung. Auch ist nicht deutlich, wie er dem Argument von B. Kempen, Grundrechtsabwägung im Vertragsrecht, DZWir 1994, 499, 503, es gäbe eine Schutzpflicht für denjenigen, der am Vertrag festhalten will, begegnen wollte.

879 Die Schutzpflichtenkonstruktion ist für Meinungen wie die J. Schwabes weitgehend entbehrlich, weil die Gerichte durch ihre Rechtsprechung an der Verletzung von Abwehrrechten mitwirken und es insoweit eines Rekurses auf die Schutzpflichten nicht bedarf. Hierzu G.Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 71 ff.: auch J.Schwabe bedürfte aber dogmatisch einer Schutzpflicht, wenn es nicht um die Verhinderung von Eingriffen, sondern um die Bereitstellung von Mitteln und Möglichkeiten zur Grundrechtsverwirklichung geht - ein Aspekt, der herkömmlich unter dem Begriff der "Leistungsrechte" verstanden würde. Bei dem Schutz des Rezipienten vor Werbung spielt aber dieser Aspekt keine Rolle.

880 G.Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 93-97; einen Überblick über weitere Argumente gibt J.Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 33-50.

881 Letzteres behauptet J.Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, 44,f.

former Auslegung“,⁸⁸² die eine Verschiebung der Gewichte im Verhältnis von Gesetzgebung und (Verfassungs)gerichtsbarkeit befürchtete. Die Generalklauseln sind nach hier vertretener Ansicht Öffnungsklauseln des Gesetzgebers für die Rechtsprechung. Der Gesetzgeber hat damit dem besonderen Bedürfnis des Wettbewerbsrechts nach Flexibilität Rechnung getragen. *Prüfungs- Überwachungs- und Anpassungspflichten, wie sie in der Schutzpflichtrechtsprechung des BVerfG*⁸⁸³ dem Gesetzgeber überantwortet werden, können hier durch die Gerichte wahrgenommen werden. Das schließt nicht aus, daß der Gesetzgeber, wenn er mit der Handhabung der Zivilgerichte nicht billigt oder diese „ihren“ Schutzpflichten nicht nachkommen wollen oder können, selbst handelt. Grundsätzlich können deshalb Schutzpflichten auch durch die Rechtsprechung erfüllt werden.⁸⁸⁴ Gerade bei Generalklauseln, bei denen der Gesetzgeber sich partiell spezieller Regelung zugunsten der Rechtsprechung enthalten hat, erscheint die Judikative kompetenziell auch berechtigt, Schutzpflichten zu erfüllen.

β) Ausschluß der Schutzpflicht wegen Vorliegens einer Kollisionslage

Allein durch die Existenz von Grundrechtskollisionen, die im Rahmen der Generalklausel durch Konkordanz aufzulösen sind, wird das Bestehen einer Schutzpflicht nicht ausgeschlossen.⁸⁸⁵ Strittig ist zwar, ob die Schutzpflicht zum Eingriff in die Grundrechte anderer berechtigt und damit die Schutzpflicht Mittel zu einer Umdeutung der Grundrechte in Grundpflichten werden könnte. Das wird wegen des Vorbehalts des Gesetzes teilweise kategorisch abgelehnt.⁸⁸⁶ Das Argument ist bei Generalklauseln nicht einschlägig, weil das einfache Gesetz die Rechtskonkretisierung ermöglicht und so dem Gesetzesvorbehalt genügt wird. Der grundsätzliche Vorbehalt, der hier gegen eine Drittwirkung via Schutzpflicht erhoben wird, bleibt aber bestehen. Die Schutzpflichtenkonstruktion dient der Abmilderung des Wortlauts von Art. 1 Abs. 3 GG. Eine volle Grundrechtsgeltung unter Privaten ist nicht praktikabel⁸⁸⁷ und deshalb wird *nicht* das dogmatisch leicht zu bejahende Eingriffskriterium angelegt (dagegen siehe oben dd α), sondern auf die

882 K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1995 Rn. 75-85 (83).

883 "Überwiegend" seien die Schutzpflichten für die Judikative Kontroll- und nicht Handlungsnormen, behauptet J.Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S.72. Auch für die Minderheit der Fälle unterbleibt aber dann - inkonsequenter- die Beschreibung des "schutzpflichtaktivierenden Gefahrenniveaus" (S. 105-111, wo nur auf Exekutive und Legislative Bezug genommen wird).

884 So auch G.Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S.271.

885 G.Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, 204 ff.

886 J.Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S.67-69. Diese Ablehnung verliert an Relevanz, wenn Schutzpflichten als Auslegungsargument obligatorisch anzuwenden sind, vgl. S. 184- 187.

887 Bei der Abwehr von Eingriffen hat oft der Gesetzgeber gehandelt (Wesensgehaltstheorie, Vorbehalt des Gesetzes) und die Rechtmäßigkeit des konkreten Handelns ist Gegenstand der richterlichen Prüfung; bei den Schutzpflichten geht es zumindest faktisch um ein gesetzgeberisches Unterlassen das bei Generalklauseln im Wege der Konkretisierung planmäßig von den Gerichten "ergänzt" werden müßte.

nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zu bejahende Schutzpflicht abgestellt. Diese Argumentation läßt den Privaten im Wettbewerb Freiheit bis zum *Untermaß* der Erfüllung von Schutzpflichten. Sie hat nach hier vertretener Ansicht das Manko, daß die *Folgen* von privater Sprache und Betätigung im Mittelpunkt stehen und nicht der *Ursprung*, nämlich ein größerer oder kleinerer effektiver Garantiebereich von privater Sprache und Betätigung, soweit sie unter Privaten erfolgt (Privater- Privater-Staat), im Vergleich zur Relation des Staates zu Privaten. So haben Private größere Handlungsfreiheit bei der konsensualen Grundrechtsverwirklichung; sie haben geringere Kommunikationsfreiheiten, wenn es um die Sprache unter Privaten geht:

Die Kritik am Staat kann *suggestiv, unsachlich, unvollständig und inhaltlich unbeschränkt* erfolgen (Gegenstände der Kritik Können die Bundeswehr bis zum Gesundheitsministerium sein); die Aussage, daß im Ausland oder einem anderen Bundesland vieles besser ist, ist zulässig.

Die Kritik am privaten Mitbewerber muß sachlich und informativ sein; sie ist inhaltlich beschränkt auf Produkte, die vergleichbare Bedürfnisse erfüllen und sie darf nicht darüber informieren, wieso der Barolo der bessere Bordeaux ist.⁸⁸⁸

Diese Unterschiede oder wenigstens die Frage danach, ob diese Unterschiede im *Ursprung* des Grundrechts der kommerziellen Sprache begründet sind, kann eine Schutzpflichtenkonstruktion, die folgenorientiert ist, nicht befrieden.

γ) Schutzpflicht und Schutzanspruch

Fraglich ist darüber hinaus, ob über eine Schutzpflicht hinaus auch ein *Schutzanspruch* gegenüber der Rechtsprechung besteht,⁸⁸⁹ das heißt, daß die Rechtsprechung dieser Schutzpflicht durch *eine* Entscheidung im Einzelfall auch genügen muß. Das wird von der Literatur teilweise bejaht.⁸⁹⁰ In der Rechtsprechungspraxis gibt es inzwischen Beispiele, in denen die Schutzpflicht zum Schutzanspruch wird.⁸⁹¹ Ein solcher Schutzanspruch - also eine Verengung der Schutzpflicht auf eine konkrete Entscheidungsoption - ist bei der kommerziellen Sprache, die der Kontrolle der Selbstbestimmung des Rezipienten unterliegt, nicht plausibel.

δ) Zusammenfassung und Kritik

Für den Schutz der negativen Rezipientenfreiheit fehlt es an der Evidenz der Nicht-Erfüllung der Schutzpflicht durch den *Gesetzgeber*. Die Evidenz fehlt, weil der Rechtsprechung im Rahmen der Gesetzesfortbildungsklausel des § 1 UWG eine Berücksichtigung von Rezipienteninteressen möglich ist („Objektive Ent-

888 "Richtlinie über vergleichende Werbung" Art. 3 a lit f): "bei Waren mit *Ursprungsbezeichnung* bezieht sie sich in jedem Fall auf Waren mit der gleichen Bezeichnung".

889 Wobei es aber der generalklauselartige Wortlaut von "§ 1 UWG ausschließt einen subjektiv-öffentlichen Anspruch auf Verbraucherschutz anzunehmen" behauptet J.Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, 51, Fn.117.

890 J.Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S.184-187, der auf S. 187 sogar ein Gebot der "verfassungsnäheren Auslegung" annehmen will.

891 BVerfG Kammerbeschuß v. 8.9.1997 NJW 1998, 295 f zum Räumungsschutz bei Suizidgefahr.

scheidungs determinanz“, „Lückenfüllung“ und „wertakzentuierende Bedeutung des Verfassungsrechts“). Der Gesetzgeber kann sich zwar nicht wegen der Schaffung der Generalklausel durch den Hinweis auf die Rechtsprechung exkulpieren;⁸⁹² man wird aber die Evidenz eines Schutzpflichtenverstößes *später* annehmen, wenn der Gesetzgeber seine Anpassungsverantwortung an die Rechtsprechung delegiert hat. Hier kommt es vorrangig darauf an, ob die Rechtsprechung ihre Konkretisierungsverantwortung wahrnimmt. Erst wenn die Rechtsprechung diese Konkretisierungsverantwortung nicht erkennt, wird man den Gesetzgeber zur Schaffung spezieller Rechtsgrundlagen zum Schutze der negativen Rezipientenfreiheit verpflichten können. Die Rechtsprechung ist nur dann verpflichtet, wenn eine objektive Entscheidungsdeterminanz vorliegt. Die Frage, inwieweit der Schutz der negativen Rezipientenfreiheit im Rahmen von § 1 UWG erfolgen muß, ist eine Frage der Rechtsgrundlagen und der Konkordanz mit den Grundrechten des Kommunikators und den zu berücksichtigenden Allgemeinwohlbelangen. Diese Frage soll im 7. Kapitel geprüft werden, weil die Frage des Schutzes der negativen Rezipientenfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG) vielleicht das Spiegelbild des meinungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung ist. Im folgenden Unterabschnitt soll die Frage nach dem Einfluß des Verfassungsrechts auf die Konkretisierung von § 1 UWG für die Fälle getarnter Werbung weiter untersucht werden.

7. *Getarnte Werbung und ihre Beurteilung durch §§ 1,3 UWG - zum verfassungsrechtlichen Einfluß beim Schutz des Rezipienteninteresses*

Das Rechtsprechungsbeispiel, das hier gewählt wird, um den Einfluß des Verfassungsrechts auf die Interessenabwägung bei § 1 UWG zu veranschaulichen, ist der aus Abschnitt II bekannte Spielfilm „Feuer, Eis & Dynamit“.

Der Spielfilm hat einen Wettkampf mehrerer *Unternehmensmannschaften* um das Erbe eines exzentrischen Millionärs zum Gegenstand. Die Unternehmen zahlten für die Plazierung ihrer Produkte und ihres Namens.⁸⁹³

892 Selbstverständlich kann sich der Gesetzgeber nicht durch den Verweis auf die Verweigerung der Verfassungskonkretisierung durch die Rechtsprechung mittels Rechtsfortbildung oder Generalklausel von der Erfüllung seiner Schutzpflichten befreien. Er müßte gegebenenfalls zu effektiveren Methoden der Erfüllung der Schutzpflicht greifen. Voraussetzung ist aber, daß die Rechtsprechung diese *geforderte Verfassungskonkretisierung nicht vornimmt*. Graduell sind hier in beiden Fallalternativen Unterschiede zu beachten: Soweit die Rechtsprechung als Konkretisierung von Verfassungsrecht Recht fortbildet, ist dies nicht geeignet, den Gesetzgeber aus seiner objektiv-rechtlichen Verantwortung zu entlassen. Es ist dann allenfalls die Frage, ob - etwa angesichts Zeitablaufs - abstrakte Normenkontrollklagen unzulässig sind; für konkrete Normenkontrollen sowie Verfassungsbeschwerden fehlt es bei der Rechtsfortbildung durch das Gericht materiell an der Aktivlegitimation. (Derjenige, der von der Rechtsfortbildung "profitiert" ist nicht beschwert; derjenige, der sich gegen die "Rechtsfortbildung" wendet, ist nicht aktiv legitimiert. Die Grenze zwischen verfassungskonformer Auslegung und verfassungskonformer Rechtsfortbildung sind dabei sicher fließend.)

893 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3179

a) *Lauterkeitsrechtliche Beurteilung für den werbenden Anteil in der Kunst - das Rechtsprechungsbeispiel „Feuer, Eis & Dynamit“*

aa) Prüfungsreihenfolge

(1) **Kunst.** Der BGH hat zunächst in Anschluß an die BVerfG-Entscheidungen zum „anachronistischen Zug“⁸⁹⁴ und zum „Herrnburger Bericht“⁸⁹⁵ das Vorliegen *eines* durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Kunstwerks bejaht.

Die Tatsache, daß für die Plazierung der Unternehmen und ihrer Produkte in Skript und Film Geld verlangt und bezahlt wurde⁸⁹⁶, hat nach dem BGH keine Auswirkungen auf die Eröffnung des Schutzbereichs für diesen Wirkbereich der *Kunst*.

(2) **Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs (§ 1 UWG).** Die Verwertung und Verbreitung von Kunst erfolgt grundsätzlich im „*geschäftlichen Verkehr*“; wie beim Programm der Medien tritt in dem Motivbündel von künstlerischen und sonstigen (Absatz-)Interessen die Wettbewerbsabsicht („*zu Zwecken des Wettbewerbs*“) grundsätzlich zurück. Hier handelte es sich zwar um Kunst; diese Werbungskunst sollte aber dazu dienen, möglichst viele Verleiher über die Dominanz der Werbung zu täuschen und so außerhalb der für die Kinos typischen Blockwerbung (im Vorspann zu Filmen) Rezipienten zu gewinnen. Der BGH hat hier zurecht die Absicht der „*Förderung fremden Wettbewerbs*“⁸⁹⁷, *nämlich der plazierten Unternehmen*, bejaht.

Den Einwand, es handele sich nur um eine Parodie der Werbewirtschaft hat er wegen dieser klaren Strategie der Schleichwerbung und der Tatsache der Entgeltlichkeit der Positionierung zurückgewiesen.

(3) **Verstoß gegen die guten Sitten.** Die Unlauterkeit *begründet* der BGH zum einen mit einem in § 1 UWG enthaltenen *Wahrheitsgrundsatz*⁸⁹⁸ und zum anderen mit einem Gebot der Achtung der Persönlichkeitssphäre:

„weil letzere durch Beeinflussungen des Adressaten nur dann nicht in unzulässiger Weise angetastet wird, wenn der Umworbene erkennt, *daß es sich um eine Werbemaßnahme handelt und seine Entscheidung bewußt auf der Grundlage dieser Kenntnis treffen kann.*“⁸⁹⁹

(4) **Unterlassungsanspruch.** Als *Rechtsfolge* trägt der BGH der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) auf der einen und dem Persönlichkeitsrecht auf der ande-

894 BVerfGE 67, 213.

895 BVerfGE 77, 240, 252 ff zur Werbung für die Kunst.

896 G.Dörfler, Product Placement im Fernsehen - unlautere Werbung oder denkbare Finanzierungsquelle im dualen Rundfunksystem?, 1993, S.27 f, 36 mit einer Preisliste, für die Positionierung.

897 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3179 für die Herstellerin des Films.

898 unter Berufung auf Baumbach/Hefermehl, nunmehr 19.Aufl., § 1 UWG Rn. 5.

899 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3179.

ren Seite (Art. 2 Abs. 1 GG) dadurch Rechnung, *daß er einen Hinweis über das werbliche Wesen* dieser Kunst an das Publikum verlangt.⁹⁰⁰

bb) Wahrheitsgrundsatz bei Programmen und Realitäten?

Die BGH-Entscheidung reicht in ihrer Bedeutung weit über den streitgegenständlichen Spielfilm hinaus. Der BGH konkretisiert im Ergebnis einen *Informationsanspruch über den (unerwartet hohen) Anteil von Werbung in einem Programm* als Element des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts. Es geht um die Verhütung einer Täuschung über den Autor und Kommunikator von Sprache, weil:

„... der Verkehr der Information eines am Wettbewerb selbst nicht unmittelbar beteiligten Dritten *regelmäßig größere Bedeutung und Beachtung beimißt als entsprechenden, ohne weiteres als Werbung erkennbaren Angaben des Werbenden selbst*“.⁹⁰¹

Das rundfunkrechtliche Schleichverbot und das presserechtliche Kennzeichnungs- und Trennungsgebot (Art. 7 Abs. 5 RfSt; Art. 9 BerlPresseG) werden so zu medienspezifischen Ausformungen eines allgemeinen *Wahrheitsgrundsatzes, der zur Aufklärung über werblich-determinierte Inhalte verpflichtet*.

Im Rundfunk und in der Presse müssen Werbung und Programm einfachgesetzlich grundsätzlich *getrennt* bleiben (dazu siehe unter I 3 c cc). Die Werbung muß zusätzlich als solche *gekennzeichnet* werden: im Presserecht durch die Titulierung „Anzeige“ und im Rundfunkrecht durch die Sendung im Block (Blockwerbung) oder durch die Kennzeichnung als Dauerwerbesendung (Art. 7 Abs. 4 RfSt).⁹⁰² Der *Wahrheitsgrundsatz*, den der BGH bei Spielfilmen, die in Kinos gezeigt werden, entwickelt, verzichtet auf den Aspekt der Trennung - es kann eine Vermischung von Werbung und Programm stattfinden - unter der Voraussetzung einer *Kennzeichnung. Die Ausnahme zum Trennungsgrundsatz*⁹⁰³ *gilt nur* dann, wenn vorher ein Hinweis an das Publikum erfolgt.

Es ist nicht eindeutig, ob das rundfunkrechtliche Schleichverbot einer Ausstrahlung des angekauften Films „Feuer, Eis & Dynamit“ entgegenstehen würde. Die rundfunkrechtliche Literatur⁹⁰⁴ neigt hier dazu, beim Ankauf von Filmen großzügigere Maßstäbe als bei Eigenproduktionen anzulegen. Das in Rede stehende Werk scheint in der Gewichtung dramaturgischer und werblicher

900 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3180 und siehe die zweite Entscheidung BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3182 f "Feuer, Eis und Dynamit II", in der er ein Aufführungsverbot als mit Art. 5 Abs. 3 GG nicht vereinbar erklärt.

901 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3179.

902 Siehe dazu bereits unter I 3 b bb).

903 F.Henning-Bodewig, Product Placement im Kino, ZUM 1988, 263, 268 bejaht aufgrund des "Abnehmerschutzes" *grundsätzlich* die Geltung des Trennungsgrundsatzes und will nur die Reichweite im Einzelfall einer Abwägung zuführen; anderer Ansicht das OLG Hamburg, Urt.v.25.11.1993, WRP 1994, 125, 129, das für den Kinofilm einen Geltung des Trennungsgrundsatzes ablehnt und nur Einzelfallentscheidungen zulassen will.

904 G.Ring, Medienrecht, 2.Bd., 51.Lfg., 1997, C-0-3 Rn. 49 ff.

Schwerpunkte so eindeutig letzteren zuzuneigen, daß nach hier vertretener Meinung eine Ausstrahlung wegen Art. 7 Abs. 5 RfSt unterbleiben müßte, weil das Blockwerbungsprinzip umgangen wird.

Die Bedeutung der Entscheidung ist derzeit nur abschätzbar; grundsätzlich möglich ist, daß in Zukunft bei Programmen (und Realitäten),⁹⁰⁵ die werblich *dominiert* sind, ein Aufklärungshinweis an das Publikum erfolgen muß.⁹⁰⁶

cc) Kein Aufklärungshinweis bei nicht übermäßigem Product Placement

Allerdings kann der Auffassung des BGH nicht zugestimmt werden, daß die Unterstützung von Programmen und Realitäten durch die Zurverfügungstellung von Requisiten *keinen Hinweis verlange, weil der Rezipient diese Form der Mitwirkung kenne*.⁹⁰⁷ Erstens erscheint es wenig lebensnah, daß ein Unternehmen sich ohne Kenntnis eines Skripts bereit erklärt, sein Produkt zur Verfügung zu stellen.

So wird in einer Krimisendung ein Autohersteller sein Auto regelmäßig mit dem Kommissar assoziiert⁹⁰⁸ wünschen, und nicht als Fortbewegungsmittel von Kriminellen.

Diese Sicherheit, daß das Produkt good will- und käufergerecht positioniert wird, kann nach aller Lebenserfahrung nur durch weitere Gegenleistungen an die Schaffenden erkaufte werden; auch wenn es rechtsökonomisch fast aussichtslos ist, den Fluß weiterer Gegenleistungen nachzuweisen. Auch hier besteht also das Problem der Autorität und Selbständigkeit der Programmschaffenden.

Nach hier vertretener Meinung ist es von Interesse, ob eine Figur im Theater Kostüme des Modeschöpfers Armani trägt, weil diese Kleidung nach Ansicht der

905 Zum Begriff siehe bereits unter 1. Kapitel II 2 b).

906 Der Trennungsgrundsatz von Werbung und Programm zwingt zur *Kennzeichnung von kommerzieller Sprache als solche*. Es handelt sich um einen Grundsatz, der induktiv aus einer Vielzahl werbeträgerspezifischer Bestimmungen abgeleitet ist. Wie die Übersicht ... ergibt, ist das Presse-, Rundfunk- und BTX-Recht am fortschrittlichsten bei der Kennzeichnung und Trennung von Werbung und Berichterstattung. Der Nachteil der *werbeträgerspezifischen Erfassung* ist, daß "neue" Werbeträger oder Werbemittel der Diskussion um das Trennungsgebot ausgesetzt werden. So existieren bisher kaum spezifische Kennzeichnungsvorschriften für Werbung im Internet oder im Videotext, so daß auf §§ 1, 3 UWG recurriert werden muß. *Im Rahmen dieser Prüfung* muß dann jeweils die Möglichkeit einer Erstreckung des Trennungs- und/oder Kennzeichnungsgebots unter Abwägung der einzelnen Interessen erfolgen. Maßgebend ist der Telos des presse- und rundfunkrechtlichen Trennungsgebots, der "Unabhängigkeit der Programmgestaltung, der Einhaltung der Neutralität gegenüber dem Wettbewerb am Markt und der Vorbeugung sachfremder Einflüsse Dritter auf das Programm." (BGH, Urt.v.22.2.1990, "Werbung im Programm" NJW 1990, 3199, 3201 zitiert aus den Präambeln der Richtlinien für die Zusammenarbeit mit Dritten für Sendungen des ZDF und der ARD). A.Zimmer, Vom Informations- zum Werbemedium? MP 1995, 30 bietet einen Überblick über die bereits jetzt erfolgende Nutzung des Videotexts als Werbemedium; an einer rechtlichen, expliziten Regelung fehlt es - mit Ausnahme des Saarlandes, das auf das Bildschirmtextrecht verweist (S. 36).

907 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3180.

908 Durch diese positive Assoziationstechnik ist zumindest theoretisch nicht ausgeschlossen, daß auch das Programm beeinflusst ist. Es ist weiterhin nicht ausgeschlossen, daß andere Produkte, die für die dramaturgischen "Schurken" gekauft werden müssen, weil für diese Rollen eben keine "mäzenatischen" Spender zur Verfügung stehen, für ihre Produkt und ihre Werbung unter einen Imagedruck geraten

Kostümbildnerin die konsequente Umsetzung der Kleidung einer Adelligen des 19. Jahrhunderts ist oder es dafür andere Gründe gibt.

Festgehalten werden kann, daß nach der BGH-Rechtsprechung der Maßstab für den Informationsanspruch *die Überschreitung des Anteils von Werbung am Programm ist, den der Rezipient erwarten konnte*. Die BGH-Entscheidung bietet deshalb einen Ansatz, die Ubiquitätsstrategie der Werbung wenigstens dort hinweispflichtig zu machen, wo der Rezipient sie (noch) *nicht erwartet*.

Demzufolge müßten nach hier vertretener Ansicht auch Werbespots im Theater und in der Vorlesung einer Universität vorher angekündigt werden.⁹⁰⁹

Deutlich wird mit dieser Entscheidung, daß es sich um eine Schlange handelt, die beginnt, das eigene Körperende zu verschlucken. Je weiter die Werbung in ihrem Ubiquitätsstreben vordringt, desto weniger Reservate bleiben für eine überzeugende Erwartung von Werbeexklaven und desto weniger Hinweispflichten müßten erfüllt werden. Nach hier vertretener Ansicht bedarf es deshalb einer grundsätzlichen Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung. Nicht nur ein Hinweis auf die Existenz von Product Placement, Sponsoring oder Werbung, sondern *Informationen über die konkreten Beiträge der und aller Werbenden* könnten dem Informationsinteresse des Käufers des Programms entsprechen - obwohl hier einzelfall- und medienabhängig Kriterien durch die Rechtsprechung entwickelt werden müssen. Vielleicht ist die BGH-Rechtsprechung ein Schritt in diese Richtung, der die Akzeptanz der Entscheidung jedenfalls *im Ergebnis* fördert. Je professionell-kommerzieller die soziale und kulturelle Umwelt beeinflußt und geschaffen wird, desto mehr Informationen bedarf es, um diese Realitäten interessierten Rezipienten eindeutig und differenziert vor Augen zu führen.

Wer hat wie maßgeblich eine Theaterveranstaltung gesponsert oder ein Sportereignis unterstützt und welche Erscheinungsformen der Realität und des Programms könnten von dieser Förderung beeinflußt sein.

In der *Methodik* läßt die BGH-Entscheidung (hinsichtlich der Berücksichtigung des Verfassungsrechts) viele Fragen offen. Der erste Kritikpunkt ist bereits die Wahl der Sanktionsgrundlage: Die Sanktionsachse, die der BGH wählt, ist nicht § 3, sondern § 1 UWG. Diese Wahl überrascht, weil es um den Schutz vor Irreführung über die werbliche Beteiligung an einem Programm geht. Bereits durch diese Wahl der Rechtsgrundlage für den Unterlassungsanspruch besteht die Gefahr, daß das Verfassungsrecht sich seinen Weg nicht mehr suchen kann, sondern in ein einfachgesetzliches Kanalbett gezwungen wird.

909 Beispiele sind die Filmwirtschaft, das Theater (Der Spiegel 37/1992 S.131 "Reemtsma macht Theater" berichtet von einem Werbespot, den der Sponsor 60 Sekunden lang auf der Bühne vor dem Stück "Heimatlos" von Schauspielern spielen läßt) neuere Medien wie das Internet, oder Universitätsveranstaltungen (Der Spiegel 47/1994, 34 berichtet über Werbespots der Firma Sony während der Vorlesung an der Technischen Universität Dresden).

b) *Unterschiedlicher Einfluß der Grundrechte bei der Konkretisierung von § 1 und § 3 UWG*

Im Rahmen von § 1 UWG stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung von Werber-, Mitbewerber-, Verbraucherrechten und -interessen sowie nach dem Allgemeinwohl. Nur die ersten drei können subjektiv-öffentlich-rechtlich und grundrechtlich verankert werden, während das Allgemeinwohl einfachgesetzlich motiviert ist und grundrechtlich allenfalls reflexiv geschützt ist.⁹¹⁰

Ein Beispiel für diesen reflexiven Schutz ist die Berücksichtigung des Informationsinteresses der Rezipienten bei berufsrechtlichen Werbe"verboten", das gegen andere Allgemeinwohlinteressen wie das Ansehen des Standes, das einer Verunsicherung der Bevölkerung durch Werbung im medizinischen Bereich entgegenwirken soll, abgewogen werden soll.⁹¹¹

Die Frage der einfachgesetzlichen Zuordnung von getarnter Werbung zu § 1 oder § 3 UWG hat entscheidende Auswirkungen für den Einfluß grundrechtlich-geschützter (Rezipienten-)Interessen auf den Konkretisierungsvorgang.

aa) Konkretisierung bei § 3 UWG.

Wenn getarnte Werbung nach § 3 UWG beurteilt wird, dann bleibt neben dem **einfachgesetzlichen Irreführungsschutz** kaum⁹¹² Raum für den verfassungsrechtlichen Einfluß auf die Konkretisierung. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Konkretisierungsergebnisses, das sich regelmäßig mit anderen möglichen Konkretisierungen in einem Entscheidungskorridor befindet, erfolgt erst auf der Ebene des **Wechselwirkungsansatzes**⁹¹³. Im wesentlichen kommt es auf das Verbraucherleitbild (flüchtiger und/oder aufgeklärter Durchschnittsbeobachter) und den notwendigen Prozentsatz der Irrenden⁹¹⁴ (dessen Höhe von den Folgen des Irrtums - niedrig bei Integritätsinteresse; höher bei Äquivalenzinteresse - abhängt) an. Soweit die Richter kraft eigener Sachkunde das Irreführungspotential beurteilen wollen, setzen sie sich offen methodischer Kritik aus.

bb) Konkretisierung bei § 1 UWG

Wird getarnte Werbung nach § 1 UWG beurteilt, dann können die Grundrechte der **Rezipienten, Werbenden und etwa auch der Kommunikationsträger in die Interessenabwägung als „Wertprinzipien“** bei der Bestimmung der guten Sitten eingehen. Grundrechte und grundrechtliche Wertungen gehen **also in die Konkretisierung, und nicht nur in die verfassungsrechtliche Überprüfung des Konkre-**

910 Eine verfassungsgrundsätzliche Motivation - Sozialstaats- oder Rechtsstaatsprinzip - erscheint nicht einschlägig - es fehlt an der determinierenden Konkretetheit der Aussagen, um getarnte Werbung als sozialstaats- oder rechtstaatswidrig qualifizieren zu können.

911 Die Informationsinteressen der Ärzte werden in BGH Urt.v.11.6.1992 NJW 1992, 2969 "Therapeutische Äquivalenz" - im Ergebnis ohne Relevanz - mitgeprüft.

912 Es sei denn man stellt auf das Belästigungsargument ab.

913 Zum Wechselwirkungsansatz siehe 7.Kapitel.

914 Dazu bereits unter I 4 h).

tisierungsergebnisses ein. Die Grundrechte haben so eher die Chance, in ihrer objektiven Entscheidungsdeterminanz erkannt zu werden oder subjektive Entscheidungsdeterminanz zu entwickeln. Aus der Perspektive des Kunstschaffenden (Art. 5 Abs. 3 GG) besteht bei § 1 UWG nicht nur das Risiko, daß ein nicht unerheblicher Teil der Rezipienten über den werblichen Anteil am Programm irrt - eine Behauptung, die im Zweifel durch Umfragen empirisch nachweisbar ist - sondern auch, daß ein Gericht ein verfassungsrechtlich fundiertes Persönlichkeitsrecht konkretisiert, dessen Konturen vor allem dieses Gericht bestimmt. Die BGH-Entscheidung gelangt jedenfalls zu einem sehr weiten Persönlichkeitsrecht, wenn ein

„... verfassungsrechtlich (Art. 2 GG) geschützte(s) Recht des einzelnen auf freie, d.h. *auch von Manipulationen unbeeinflusste Entfaltung der eigenen Persönlichkeit*“⁹¹⁵

bejaht wird - ohne zu erklären, worin die Manipulation besteht. Hier könnte man natürlich argumentieren, daß die Konkretisierung von Grundrechten immer zu Lasten des Klägers oder des Beklagten gehen kann. Das Besondere an der Konstruktion des BGH ist, daß es *der Sache nach um dem Schutz vor Irreführung = Manipulation (§ 3 UWG) geht und der Methode nach § 1 UWG mit dem größeren Freiraum für die richterliche Wertung gewählt wird.*⁹¹⁶ Für diese Methode könnte die Argumentation einer Autorin, auf die sich auch der BGH bezogen hat, sprechen, daß:

„...die Generalklausel des § 1 UWG ...sich im übrigen zur Beurteilung gerade *komplexerer Wettbewerbsverhalten* anbietet. Denn die Konkretisierung des unbestimmten Gesetzesbegriffs der „guten Sitten“ erfolgt nach heutiger Auffassung mit Hilfe einer umfassenden Interessenabwägung, bei der je nach Fallgestaltung verschiedene Wertungskriterien in den Vordergrund treten können: Neben der herrschenden „Sozialmoral“ spielen bestehende Branchengepflogenheiten eine Rolle, daneben jedoch zunehmend auch allgemeine, sich aus der Gesamtrechtsordnung, insb. dem Grundgesetz ergebende rechtliche Wertungen“.⁹¹⁷

Diese Interessenabwägung bei der *Konkretisierung von § 1 UWG, die die methodische Vorzugswürdigkeit gegenüber § 3 UWG begründen soll*, fehlt indes in der BGH-Entscheidung. So ist nicht einmal erklärt, vor welcher Manipulation der Rezipient geschützt werden soll: davor, das beworbene Produkt zu kaufen oder

915 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3181.

916 Deutlich unsicher hier auch F.Henning-Bodewig, (Werbung im Kinospielefilm - Die Situation nach "Feuer, Eis & Dynamit", GRUR 1996, 321, 325) die als Begründung die Schwierigkeit der Handhabung des Tatbestandsmerkmals "Angabe" bei § 3 UWG angibt. Soweit sie behauptet, daß der Verstoß gegen spezielle Irreführungsvorschriften unter dem Aspekt von § 1 UWG "Vorsprung durch Rechtsbruch" geprüft wurde, ist auf die neuere BGH-Rechtsprechung hinzuweisen, die beim Irreführungsschutz durch gemeinschaftsrechtlich fundierte spezielle Normen § 3 UWG für einschlägig erachtet (BGH Beschl.v.26.6.1997 EuZW 1998, 415 f.)

917 F.Henning-Bodewig, Werbung im Kinospielefilm - Die Situation nach "Feuer, Eis & Dynamit", GRUR 1996, 321, 325 f.

davor, ein mit Werbung versetztes Programm zu kaufen (dazu siehe unter 7 c). Vom BGH wird gerade nicht erklärt, ob es sich bei der „Manipulation“ um Beeinträchtigungen des *Äquivalenzinteresses* - beim Kauf der Kinokarte oder des plazierten Produkts - oder um Beeinträchtigungen des *Rezipienteninteresses* - das durch das Übermaß an Werbung (Belästigungsargument) berührt wird - handelt.

Der Konkretisierungserwägung, daß es sich um eine Verletzung der Persönlichkeitssphäre handele (dazu unter a bb), kommt keine eigenständige Bedeutung zu, weil man dann hätte prüfen müssen, inwieweit und wofür konkret eine Irreführungsgefahr bestand.

Diese Interessenabwägung ist deshalb *nicht entscheidend*, weil dem BGH zufolge § 1 UWG ein *einfachgesetzliches Kennzeichnungsgebot als Rechtsfolge eines konkretisierten Wahrheitsgrundsatzes entnommen wird*.

Festzuhalten ist, daß der BGH eine *konkrete Subsumtion* der Irreführungsgefahr über „*geschäftliche Angaben*“ *im Sinne von § 3 UWG* durch diese - im Lichte des Literaturzitats - ergebnisorientierte Methodenwahl pragmatisch entbehrlich macht.

Der BGH kann sich wieder auf die Kommentarliteratur berufen, die eine „Täuschung“ im Sinne von § 1 UWG immer dann bejaht, wenn die Plazierung programmatisch „vermeidbar ist oder gegen Entgelt“⁹¹⁸ erfolgt - und *allein diese Argumentation macht deutlich, daß es auf eine (tatsächlich feststellbare) Irreführung überhaupt nicht ankommt*.

Für eine solche, pragmatische Handhabung⁹¹⁹ sprechen die Schwierigkeiten der Zuordnung von getarnter Werbung zum Lauterkeits- oder Irreführungsrecht, die im gemeinschaftsrechtlichen Werbeinhaltsrecht⁹²⁰ dazu geführt haben, daß eine Aufnahme der getarnten Werbung in die EG-Richtlinie über irreführende Werbung unterblieb.⁹²¹ *Gegen* diesen Pragmatismus sprechen aus verfassungsrechtlicher Sicht unbefriedigende Verfassungszitate wettbewerbsrechtlicher Rechtsprechung - wie des BGH hier - und der Literatur⁹²² - die konsequent in eine Skepsis gegenüber dem so begründeten Konkretisierungsergebnis münden müssen.

918 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19.Aufl., § 1 Rn.44; 152 ff. In anderen Fällen soll Product Placement dann gegen die guten Sitten verstoßen, wenn ein "Markenartikel gezeigt wird, obwohl ein Verzicht zumutbar gewesen wäre. R.Völkel, Product Placement aus der Sicht der Werbebranche und seine rechtliche Einordnung, ZUM 1992, 55, 66

919 F.Henning-Bodewig, Die Tarnung von Werbung, GRUR Int. 1991, 858, 863 "große praktische Bedeutung kommt dem nicht zu, da die getarnte Werbung jedenfalls unter § 1 UWG fällt" unter Hinweis auf die Kommentierung von Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 Rn. 27 ff.

920 Im europäischen Werbeträgerrecht enthält die Rundfunkrichtlinie ein Verbot subliminaler Techniken und ein Verbot der Schleichwerbung (Art. 10 Abs. 3,4 FsRl.).

921 F.Henning-Bodewig, Die Tarnung von Werbung, GRUR Int. 1991, 858 unter Hinweis auf einen früheren Richtlinienentwurf.

922 Etwa Aussagen wie F.Henning-Bodewig, Die Tarnung von Werbung, GRUR Int. 1991, 858 f subliminale Werbung "verstoße gegen Art.1 und 2 GG", ohne überhaupt zu klären, ob subliminale Werbung wirkt (siehe unter I 4 a).

cc) Angabe im Sinne von § 3 UWG

Eine Prüfung des speziellen Rechts der irreführenden Werbung (§ 3 UWG) ist erschwert, weil die Übermittlung unzureichend gekennzeichnete Sprache per se keine „Angabe“ im Sinne von § 3 UWG ist, sondern als Unterlassen zu qualifizieren ist. Das Unterlassen setzt eine Pflicht zur Aufklärung voraus. Eine Pflicht zur Aufklärung besteht nur dann, wenn die Neutralität des Programms „geschäftliche Angabe“ wäre. Die „Neutralität gegenüber der Werbung“ ist bisher kein geschäftliches Merkmal für einen Film⁹²³ und die Eignung zur Irreführung des Rezipienten - hinsichtlich des Films oder hinsichtlich des Aussagegehalts der Plazierung - kann deshalb nicht ohne weiteres bejaht werden.⁹²⁴ Es hängt vom Einzelfall ab, inwieweit § 3 UWG hier eine Aufklärungspflicht verlangt. Der Umfang dieser Aufklärungs- oder Vollständigkeitspflicht bemißt sich nach der Verkehrsauffassung.⁹²⁵ Und hier ist sicher kommunikationsträgerabhängig zu differenzieren; bei Anzeigenblättern und Filmen ist eine andere Erwartungshaltung anzunehmen, als bei Rundfunk- und Presseerzeugnissen. Fraglich ist zudem, ob § 3 UWG nicht in Fällen wie „Feuer, Eis & Dynamit versagt, wo es sich um Werbung im Übermaß handelt, die als solche besonders leicht erkennbar ist.⁹²⁶ Auch hier benötigt man noch keinen Rückgriff auf § 1 UWG, weil, wenn eine bestimmte Erwartungshaltung des geschäftlichen Verkehrs vorliegt, diese dadurch enttäuscht wird, daß die werbliche Natur des Programms erst *nach* der Rezeption deutlich wird. Nach hier vertretener Ansicht muß die Prüfung *zunächst nach § 3 UWG* - mit der konkreten Irreführungsfahr - erfolgen, damit deutlich wird, daß der Rückgriff auf § 1 UWG als Sanktionsinstrument gegen verfassungsrechtlich geschützte Meinungen und Kunst - so jedenfalls der BGH - bereits bei der Vermutung *abstrakter Gefährdungen* durch die Rechtsprechung eingesetzt wird.

dd) Wahl der Prüfungsgrundlage und verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz

Es wird im verfassungsrechtlichen 7. Kapitel zu prüfen sein, inwieweit ein Meinungsfreiheitlicher Schutz von Werbung solche Hinweispflichten zuließe. Die folgenden Unterabschnitte widmen sich (der einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Kritik an) der Methode des BGH und sollen - wie oben erwähnt - den Einfluß des Verfassungsrechts für die Interessenabwägung bei § 1 UWG veranschaulichen. Deutlich werden soll auch, daß eine eventuelle Kombinationsprüfung

923 B.Scherer, "Product Placement", 1990, S. 147, f nimmt im Rundfunkrecht als Angabe die konkludente Versicherung der Rundfunkanstalten, im Rahmen des Programmauftrags neutral zu handeln - dann fehlt es aber nach ihrer Argumentation bei dieser Angabe, die im Zusammenhang mit dem Programmauftrag erfolgt, an einem Handeln zu Zweck des Wettbewerbs.

924 H.J.Ahrens, Redaktionelle Werbung - Kommunikation im Journalismus, GRUR 1995, 307, 310.

925 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3 UWG Rdn. 47, 20.

926 OLG Hamburg, Urt.v.25.11.1993 "Fire and Ice" WRP 1994, 125, 129.

anhand von § 1 und § 3 UWG Gefahren für eine „subjektive Entscheidungsdeterminanz“ des Verfassungsrechts birgt. Es fehlte dann an einer *notwendigen Konkretisierung und Begrenzung des Einflusses des Verfassungsrechts auf die Generalklausel des § 1 UWG*.⁹²⁷ Hier besteht die Gefahr, daß die Rechtsprechung im Rahmen einer Generalklausel gesetzesfortbildend auf vermeintlich verfassungsrechtlich geschützte Interessen rekurriert („*subjektive Entscheidungsdeterminanz*“), ohne überhaupt die Subsumtion, die nach § 3 UWG einfachgesetzlich vorgegeben ist, vorzunehmen. Ein Beleg für die Berechtigung dieser Furcht ist der Umgang des BGH mit dem als Kunstwerk (Art. 5 Abs. 3 GG) qualifizierten Film „Feuer Eis & Dynamit“; *also einem quantitativ und qualitativ erweiterten Werbespot*.

Der werbestrategische Parallelsachverhalt ist die bereits mehrfach erwähnte Zeitschrift „Feinde“ von Benetton.

Wenn die konkreten Irreführungsmaßstäbe nach § 3 UWG nicht erfüllt sind, und (deshalb) die Täuschung nach § 1 UWG beurteilt wird,⁹²⁸ dann besteht die *Gefahr einer Flucht vor einfachgesetzlichen Auslegungsproblemen im Rahmen der „kleinen“ Generalklausel durch richterliche Rechtssetzung im Gewand der Konkretisierung der „großen“ Generalklausel*. Die Folge sind *Kontroll- und Bestimmbarkeitsverluste*, die den Bestimmtheitsgrundsatz, soweit er die Generalklausel noch verkräftet, allein konstruktiv nicht mehr wahren können. Im verfassungsrechtlichen 7. Kapitel wird zu prüfen sein, welche Grundrechtsnorm den Bestimmbarkeitsgrundsatz vorgibt - nämlich Art. 5 oder Art. 12 GG. Für beide gilt *aber*, daß die Ausübung von *Rechtssetzungsbefugnissen* im Rahmen einer Generalklausel voraussetzt, daß die vorhandenen, speziellen gesetzlichen Grundlagen - hier § 3 UWG - methodisch geprüft, gegebenenfalls abgelehnt und dann unter Berufung auf den teleologischen Zweck der Generalklausel - Flexibilität und Pragmatismus durch Praxisnähe - gegebenenfalls Recht gesetzt wird. Wozu bedarf es einer Festlegung des Schutz vor irreführender Werbung in § 3 UWG, der den Nachweis oder die Überzeugung hinsichtlich des Irreführungspotentials *im konkreten Sachverhalt* verlangt, wenn die Rechtsprechung abstrakte Tatbestände des Irreführungsschutzes im Rahmen der Generalklausel durch die Ausnutzung von

927 Abgemildert wird diese grundsätzliche Fragestellung zum Einfluß vom Verfassungsrecht auf das Wettbewerbsrecht zum einen durch medienrechtliche Spezialregelungen, die das Gebot der Trennung von Werbung und Programm beinhalten und bei Verstößen gegen diese wertbezogenen Vorschriften unmittelbar den Sittenverstoß nach § 1 UWG konstituieren und zum anderen die Richtlinien über die Trennung von Werbung und Programm von Selbstkontrollorganen wie dem ZAW, die als Standesauffassung der Werbewirtschaft ebenfalls den Sittenverstoß konstituieren. Wo aber spezialgesetzliche Regelungen und ausgebildete Standesauffassungen fehlen, dort wird die Frage des Schutzes nach §§ 1,3 UWG und auch des Einflusses der grundrechtlichen Rezipientenbelange entscheidungsdeterminant.

928 Ohne eindeutig zu identifizieren, daß es um die abstrakte Gefahr der Täuschung von Rezipienten geht, über die nach hier vertretener Ansicht der Gesetzgeber zu entscheiden hat und nicht die Rechtsprechung, die einen Irreführungsschutz ultra vires § 3 UWG konkretisiert.

Rechtssetzungsbefugnissen kreiert. Nachdem es sich bei § 3 UWG um eine „kleine Generalklausel“ handelt, die der Rechtsprechung bereits Konkretisierungs- und nicht nur Auslegungsbefugnisse einräumt, ist dieser Ebenenwechsel begründungsbedürftig. Wieweit sich diese richterliche Rechtssetzung bereits methodisch von einer Konkretisierung entfernt hat, zeigt die BGH-Begründung, die die Existenz von § 3 UWG vollkommen ignoriert.

c) „Konkretisierung“ in der BGH-Entscheidung „Feuer, Eis & Dynamit“ in einer grundrechtlichen Kritik

aa) Einbeziehungsfähige Interessen

§ 1 UWG kann

- (1) ein Grundsatz im Allgemeinwohlinteresse, nämlich der *Wahrheitsgrundsatz*⁹²⁹ - oder/und
- (2) *ein einfachgesetzlicher Schutz der Persönlichkeitssphäre*⁹³⁰ entnommen werden oder/und es können
- (3) *grundrechtlich geschützte Belange des Rezipienten gegen (Product) Placement* im Film sprechen⁹³¹, die verletzt sind, wann immer sich die kommerzielle Beteiligung als solche nicht explizit zu erkennen gibt. Der BGH neigt dazu diese drei Aspekte *zu summieren*, die einzelnen Aspekte aber weder *verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich zu subsumieren*. Selbst diese Summe wird weder explizit gezogen, noch weisen die einschlägigen Entscheidungen *sämtliche* berührten Rezipientenaspekte aus. So konzentriert sich der BGH⁹³² auf den Schutz der Rezipienten vor Irreführung und nimmt *zum Problem des Belästigung* des Rezipienten durch getarnte *und damit übermäßige Werbung* nicht Stellung:

bb) Wahrheitsgrundsatz nur bei bezahlten Programmen?

Auf der Suche nach immanenten Grundrechtsschranken der Filmfreiheit (Art. 5 Abs.1, 3 GG) wird der BGH auf Rezipientenseite im Recht auf freie, von Manipulation unbeeinflusster Entfaltung der Persönlichkeit fündig (siehe oben 7 a aa).⁹³³ Diesen Ansatz könnte man teilen.⁹³⁴ Es ist dann aber *unverständlich*, wes-

929 Der BGH entnimmt ihn Art. 11 der Internationalen Verhaltensregeln für die Werbepraxis der Internationalen Handelskammer und der Auffassung des Zentralausschusses der Werbewirtschaft (ZAW).

930 So BGH Urt. v. 6.7.1995 "Feuer, Eis & Dynamit I" NJW 1995, 3177, 3179, der sich neben dem Wahrheitsgrundsatz auf eine Persönlichkeitssphäre beruft, die "nur dann nicht in unzulässiger Weise angetastet wird, wenn der Umworbene erkennt, daß es sich um eine Werbemaßnahme handelt und seine Entscheidung bewußt auf der Grundlage dieser Kenntnis treffen kann." Diese Persönlichkeitssphäre wird später auf Art. 2 GG gestützt "verfassungsrechtlich ... geschützte Recht des einzelnen auf freie, d.h. auch von Manipulation unbeeinflusste Entfaltung der eigenen Persönlichkeit" (NJW 1995, 3181).

931 So OLG München.....

932 BGH Urt. v. 6.7.1995 "Feuer, Eis & Dynamit I" NJW 1995, 3177, 3179 nimmt zur Belästigung keine Stellung; anders OLG München ...

933 BGH Urt.v.6.7.1995, NJW 1995, 3177, 3181.

934 Wenn man auch wie das OLG Hamburg (OLG Hamburg, Urt.v.25.11.1993, WRP 1994, 125, 129) argumentieren könnte, daß die spezifische Manipulationskraft von Product Placement im konkreten Falle gerade deshalb fehlte, weil der Film soviel Werbung enthielt,

halb für die Verletzung der Freiheit der persönlichen Entfaltung der Umstand, daß das Publikum und der Kinounternehmer für den Film gezahlt haben, von Bedeutung ist. Das behauptet der BGH, der ausdrücklich erwähnt, daß Art. 5 Abs.3 GG „nicht zur Rechtfertigung dafür herangezogen werden darf, daß bei der Veröffentlichung eines Kunstwerks das für den Vermittlungsakt *bezahlende*⁹³⁵ Publikum ... über einen für die freie Willensentschließung maßgeblichen Umstand - hier die Aufnahme bezahlter Werbung in den Film - getäuscht wird.“⁹³⁶

Diese Formulierungen machen deutlich: Hier geht es um das Äquivalenz- und nicht um das Rezipienteninteresse. Das Äquivalenzinteresse ist sicher in § 3 UWG, aber - was die Gegenleistungserwartung für einen Kinokarte betrifft - sicher nicht verfassungsrechtlich geschützt.⁹³⁷ Der Schutz vor Manipulation durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht erweist sich so als „Scheinbegründung“. Die Prüfung von § 3 UWG - dem der BGH durch das Abstellen auf § 1 UWG und das Verfassungsrecht ausweicht - hätte dazu gezwungen, festzustellen, ob der besagte Film aufgrund der Plazierung wirklich weniger Gegenwert fürs Geld geboten hat als ein ähnlicher Film ohne Plazierung (mit kleinerem Budget, weil er auf solche Plazierungseinnahmen verzichten mußte?). Die naheliegende Möglichkeit der Unmöglichkeit solcher prognostischer Einschätzungen und geschmacklicher Bewertungen hätte dann vielleicht zu der Erkenntnis und theoretischen Sackgasse geführt, daß § 3 UWG bei der Verbreitung von Kunst gegen eine Gegenleistung selten anwendbar ist.

Niemand weiß, ob die amerikanische Regierung für die berühmten „Flag Paintings“ von Jasper Johns oder Campbells für die Darstellung von „Campbell Tomato Soup“ durch die Siebdrucke Andy Warhols Gegenleistungen entrichtet haben. Viele Indizien in den Biographien der Künstler sprechen dagegen: aber hätten sie gezahlt, hätten die Maler den Kunstmarkt darauf aufmerksam müssen?

Wieso kann aber dann just dieses Äquivalenzinteresse in § 1 UWG geschützt werden? Schützt der „*Wahrheitsgrundsatz*“ des § 1 UWG nur beim Kauf der Kinokarte und nicht bei der Vermischung von Werbung und Programm in der Interessentenpresse (dazu siehe unter 5. Kapitel II 2 c bb), die kostenlos verteilt wird? Aus der grundrechtlichen Perspektive besteht sowohl bei kostenlosen als auch bei anderen Publikationen die Manipulationsgefahr.

daß die kommerzielle Veranlassung offensichtlich war und eine Irreführungsgefahr der Zuschauer deshalb nicht bestand

935 Hervorhebung der Verf.

936 BGH Urt.v.6.7.1995, NJW 1995, 3177, 3181.

937 Eine Parallele zur Vertragsparitätsentscheidung kommt wegen der nicht schwerwiegenden Folgen nicht in Betracht; dazu siehe unter 6 g).

cc) Fehlende Berücksichtigung des Belästigungsarguments und die Inkonsequenz des Manipulationsarguments

Ein weiteres Argument dafür, daß der BGH Äquivalenzinteressen unter der Tarnkappe des Rezipienteninteresses schützen will, sind seine Ausführungen zu geringfügigem und übermäßigen Product Placement. Geringfügiges Product Placement, das nach hier vertretener Ansicht in Hinblick auf die Manipulationsgefahr am gefährlichsten ist, weil es um so intensiver und exklusiver am Programm Anteil hat, soll *ohne Aufklärungshinweis* zulässig sein, weil

„dem Verkehr bekannt ist, daß Werbung in *alle* Bereiche Eingang gefunden hat und daß er deshalb auch bei einem Spielfilm damit rechnet, daß Name oder Marken zu Wettbewerbszwecken in bestimmter Weise präsentiert werden.“⁹³⁸

Dort wo die Beeinflussungsgefahr am offensichtlichsten ist, wird sie aus vorgebliehen, tatsächlichen Gründen negiert; dort wo wegen der Häufung der Werbung die Beeinflussungsgefahr am geringsten ist, weil „soviel Werbung nicht mehr normal ist“, dort wird ihr Vorliegen bejaht. Wo bleibt also die Verletzung der freien Entfaltung der Persönlichkeit?

Vielleicht sind diese Begründungsschwierigkeiten der Anlaß dafür, daß der BGH (auch) auf einen allgemeinen Wahrheitsgrundsatz rekurriert, den man wohl eher als Versuch der Wahrung von Allgemeinwohlinteressen werten muß, denn als Ausdruck eines Anspruchs auf Schutz vor Manipulation (Rezipientenfreiheit). Der BGH nimmt nicht dazu Stellung, inwieweit sich ein Rezipient durch einen Film mit vielen Firmennamen und der Repetition von Slogans belästigt fühlt - die *Vermeidungslast*. Die Fähigkeit aufzustehen und zu gehen, ist dem Rezipienten zwar nicht genommen. Die Unterlassung des Hinweises führt dazu, daß er sich mit dieser Entscheidung konfrontiert sieht. Die Kritik an der BGH-Entscheidung, die (grundrechtliche) Interessen nicht vollständig prüft und den Schutz des Äquivalenzinteresses via verfassungsrechtlichem Persönlichkeitsrecht verhüllt, wird durch die Entscheidung des OLG München, also der Vorinstanz, bestätigt.

dd) OLG München und der Schutz der Rezipienten

Die Gefahr einer Täuschung des Rezipienten über den Äußernden oder den Grund seiner Äußerung - programmatische Veranlassung - ist Grundlage der rechtlichen Beurteilung und sehr oft Ablehnung von getarnter Werbung (dazu siehe unter II) Darüber hinaus stellte das OLG München darauf ab, inwieweit der Rezipient durch getarnte Werbung - beispielsweise Product Placement - *belästigt* wird.⁹³⁹ Bei der Konkretisierung von § 1 UWG rekurriert das Gericht auf die

938 E.Ullmann, Spenden - Sponsoren- Werben, in: Festschrift für F.Traub, 1994, S.411, 418, auf den BGH Urt.v.6.7.1995, NJW 1995, 3177, 3180 Bezug nimmt..

939 Das Wettbewerbsverhältnis zwischen Film und Werbung wurde damit begründet, daß der Werbeverwaltungs-firma die Kinowerberechte - üblicherweise im Vorspann als leicht erkennbare Blockwerbung - übertragen waren.

(Grund)rechte von Mitbewerbern und Rezipienten. Es qualifiziert den Film als Kunst und rekurriert auf die immanenten Schranken der Film-Kunstfreiheit (Art. 5 Abs.3 GG), nämlich die Grundrechte der Werbeadressaten: Zum durch Art. 2 Abs.1 und Art.1 Abs.1 GG geschützten

„**Achtungsanspruch** des einzelnen gehört das Recht, sich einer **Beeinflussung** und **Belästigung durch Werbung** zu entziehen zu können. Dieses Recht wird tangiert, wenn der einzelne in einer Situation, in der er dies nicht zu erwarten braucht und der er sich nicht ohne weiteres entziehen kann, mit Werbung konfrontiert sieht.“⁹⁴⁰

Es sind hier zwei Interessen angesprochen, die vom negativen Rezipienteninteresse umfaßt sein könnten: zum einen **der Schutz vor Beeinflussung**, nämlich ein Interesse des Beworbenen Manipulation(sversuchen) im Programm (gegebenenfalls ohne Nachweis ihrer Wirkung) **nicht** ausgesetzt zu werden; und zum zweiten **der Schutz vor der Belästigung**, die durch ein Übermaß an Werbung im Programm erfolgt - Schutz der **Handlungsfreiheit**. Man könnte daran denken, daß sich beide Belange gegenseitig ausschließen: Werbung, die nicht als solche wahrgenommen wird, stellt gar nicht die Frage nach der Handlungslast des Sich-Entfernens; während Werbung, die als solche erkennbar ist, nicht die Gefahr der Beeinflussung in sich birgt. Weil die **Beeinflussungsgefahr** bereits ausreicht, können beide Belange nebeneinander berührt sein. Insoweit ist dem OLG München, dem sich der BGH nicht ausdrücklich angeschlossen hat, beizupflichten, wenn es auf die **Belästigung und die Beeinflussung** abstellt. Konkretisierungsbedürftig sind die Ausführungen allerdings insoweit, als sie nicht deutlich machen, daß es bereits um die Beeinflussungsgefahr geht - und damit um ein Stadium, das der Irreführungsgefahr im Sinne von § 3 UWG und dem Schutz des Äquivalenzinteresses vorgelagert ist.

ee) Konkordierung der Grundrechte durch Aufklärungshinweise

Nicht bei der Konkretisierung von § 1 UWG, aber bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Konkretisierungsergebnisses, also bei der **Lösung der Immananzproblematik**, folgt der BGH dem OLG München, indem **übermäßige Werbung in der Kunst** nicht untersagt wird,

- Andy Warhol mit seinen Colabüchsen wird danken -

sondern die Verbindung von Werbung und Kunst zu **Hinweisen über den werblichen Anteil**⁹⁴¹ verpflichtet. In den Worten des OLG München:

„Denn letztlich geht es nur darum, daß der Kunstschaffende der Wahrheit die Ehre gibt und sich zu dem bekennt, was er tut: nämlich Kunst und Werbung zu verbinden. Wer werben will, soll sich dazu auch eindeutig bekennen... **Ein schutzwür-**

940 OLG München, Urt.v.29.10.1992, ZUM 1993, 617, 622 "Fire and Ice".

941 Nicht ausreichend erachtet von F.Henning-Bodewig, Product Placement im Kino, ZUM 1988, 263, 272.

diges Interesse dies zu verheimlichen, ist nicht anzuerkennen. Vielmehr gebietet das *Interesse*⁹⁴² des Angesprochenen eine entsprechende Aufklärung.⁹⁴³

Die bisher geschilderten Argumente können wie folgt zusammengefaßt werden:

ff) Zusammenfassung

(1) *Besondere Verbreitungsanforderungen für kommerzielle Kunst.* Die Entscheidungen offenbaren auch bei der Kunstfreiheit den besonderen Typus *kommerzieller Kunst(-sprache)*. Welcher anderen Form von Kunst würde man es zumuten, sich mit Aufklärungshinweisen

- über den besonderen „(Werbe-)charakter“ oder
- über die Mitwirkung oder Finanzierung durch andere Personen als dem Künstler (etwa die Ehefrau, die den Lebensunterhalt bei wenig nachgefragten Künstlern sichert?)

an das Publikum zu wenden? Die Entscheidung steht so gedanklich in nahem Zusammenhang mit der BGH-Entscheidung zu Fall I („Ölverschmutzte Ente“), in der die Verwendung von Kunst für die Werbung („Mißbrauch“; siehe unter...) wettbewerbsrechtlich anders als nicht-kommerziell instrumentalisierte Kunst bewertet wurde.

Im Fall I („Ölverschmutzte Ente“) beanstandet der BGH die Verwendung von Kunst in einem kommerziellen Kontext, während der BGH bei der kommerziellen Entstehung von Kunst durch heteronome (gegenüber dem „Künstler“) kommerzielle Intentionen, Inhalte und strategische Absatzerwartungen einen Hinweis verlangt.

(2) *Kein verfassungsrechtlicher, sondern ein einfachgesetzlicher „wertprinzipförmiger“ Schutz der Persönlichkeitssphäre vor „Manipulation.* Der BGH und das OLG München argumentieren mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Persönlichkeitssphäre, ohne daß deutlich gemacht wird, daß - so wie die Begründungen lauten - eine *objektive Entscheidungsdeterminanz* des Verfassungsrechts für diese Rechtsprechung gerade nicht besteht. Es wird *ein* verfassungsrechtlicher Schutzbereich - nämlich die Persönlichkeitssphäre - konkretisiert, ohne daß ein Hinweis erfolgt, daß es sich bei der Konkretisierung ausschließlich um *verfassungsrechtlich inspirierte*, aber eben keine verfassungsrechtlich geforderten Interessenabwägungen handelt. Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang die Begründung des OLG München, das im Verlauf seiner Begründung die Terminologie wechselt und nicht mehr vom „Achtungsanspruch“ (*siehe oben unter dd*) des einzelnen, sondern vom „Interesse“ auf Schutz der Persönlichkeit spricht. Damit wird ein Problem sichtbar, das mit dem Einfluß der Grundrechte bei der Konkretisierung von privat-

942 Hervorhebung der Verf.

943 OLG München, Urt.v.29.10.1992, ZUM 1993, 617, 622 und BGH Urteile.v.6.7.1995 NJW 1995, 3177, 3182; anderer Ansicht zum gleichen Film OLG Hamburg, Urt.v.25.11.1993, WRP 1994, 125, 129.

rechtlichen Generalklauseln verbunden ist. Die Grundrechte wirken nicht unmittelbar zwischen Privaten und einen *Anspruch* auf ein bestimmtes staatliches Verhalten hat der Rezipient allenfalls - soweit man nicht der Meinung *Jürgen Schwabes* folgt - wenn die Voraussetzungen für eine *Schutzpflicht und für die Erfüllung dieser Schutzpflicht durch nur eine konkrete staatliche Entscheidung* besteht. Der Schutzanspruch verlangt also als Minimum eine Verengung der staatlichen Handlungsalternativen - und das verlangt bei Product Placement die eindeutige Identifizierung der bedrohten Grundrechtspositionen unter Angabe der spezifischen Kritik. Daran fehlt es in den genannten Entscheidungen. Im folgenden Unterabschnitt soll deshalb versucht werden, auch unter Einbeziehung von § 3 UWG den möglichen Inhalt eines verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Persönlichkeitsrechts zu konturieren und nicht in der subjektiven Entscheidungsdeterminanz zu verharren. Die Klärung des Inhalts dieses verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts ist dabei auch eine Voraussetzung für eine sachgerechte Integration in eine Interessenabwägung bei § 1 UWG. Es geht zunächst darum, die *rechtsstatsächliche „Beschwer“*, vor der das verfassungsrechtliche „Wertprinzip“ schützen soll, zu ermitteln. Wie die Rezipienteninteressen durch die Verfassung im einzelnen geschützt sind - etwa als negative Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG - bleibt dem 7. Kapitel vorbehalten.

d) (Product) Placement in einer (Rezipienten-)Sphärenbetrachtung

Die unterschiedlichen Beziehungen, in denen Product Placement und Programm zueinander stehen, werden durch die Präpositionen

- *im* Programm (etwa Product Placement im Spielfilm)
- anstelle des Programms („Feuer, Eis & Dynamit“)
- und *vor/nach* dem Programm (Hinweise auf zum Programm erschienene Veröffentlichungen)
- konkretisiert.⁹⁴⁴ Eine Gegenüberstellung mit den Rezipientenbelangen - Äquivalenz-, Integritätsinteresse⁹⁴⁵ und Rezipienteninteresse erfolgt in der Übersicht.

aa) (Product) Placement im Programm

Es handelt sich um die grundsätzliche Frage, inwieweit (unzulässige) Schleichwerbung und (Product) Placement, (bei dem Schleichwerbung nicht nachweisbar oder begründbar ist) die Interessen der Rezipienten berühren. Notwendig ist die Würdigung des Einzelfalls; der Film „Feuer, Eis & Dynamit“ tendiert nach hier vertretener Auffassung zu der Fallgruppe „(Product) Placement statt Programm“.

944 Gliederung nach B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S. 12 f.

945 Diese Problematik wird bereits unter II angesprochen.

α) *Äquivalenzinteresse*

- (1) **“Manipulation beim Kauf des Programms“**. Wenn man Product Placement *im Programm* positioniert, dann könnte das *Äquivalenzinteresse* berührt sein, und zwar zunächst hinsichtlich des Kaufpreises für das Programm, soweit er für ein Programm, nicht aber für getarnte Werbung, entrichtet werden sollte. Bei (Product) Placement wird entweder eine überhöhte Gegenleistung für ein von der Werbung determiniertes Produkt verlangt („Übermaßargument“) - wobei die Kraft dieses Arguments vom Intensitätsgrad der werblichen Einwirkung abhängt - oder ein Produkt angeboten, das bei Aufklärung über den werblichen Ursprung nicht in gleicher Weise nachgefragt würde. Es ist aber per se kein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 1 UWG), wenn für ein Produkt eine überhöhte Gegenleistung verlangt wird und es wird zudem schwer nachweisbar sein, daß das Produkt minderwertiger ist als ohne finanzielle Förderung. Etwas anderes gilt, wenn das Produkt bei erfolgter Aufklärung nicht nachgefragt würde. Hier ist dann *nicht das Product Placement in seiner manipulativen Kraft* zu kritisieren, sondern das Unterlassen des Hinweises auf die Existenz von Product Placement.

Das Verfassungsrecht hat für den Schutz der Äquivalenzinteressen keine objektive Entscheidungsdeterminanz; es gibt - mit Ausnahme der Vertragsparitätskonstellationen - keinen (Schutz-)Anspruch auf einen günstigen Kauf oder die Entlassung aus ungünstigen Verträgen. Es handelt sich allenfalls um eine einfachgesetzliche Interessenabwägung.

- (2) **“Manipulation“ hinsichtlich des Kaufs des beworbenen Produkts oder des Images des plazierten Unternehmens**. Auch die Beeinflussung zum Kauf des beworbenen Produktes könnte nach § 3 UWG sanktionswürdig sein - wird doch vorgegeben, ein bestimmter Filmheld assoziiere sich mit bestimmten Produkten als Ausdruck seiner Persönlichkeit und nicht als Gegenleistung für Zahlungen des Herstellers.

Der Vorwurf, der dieser Form des (Product) Placement gemacht wird, ist, daß der Rezipient zum Konsument wird, und seine Entscheidungsgrundlage manipuliert ist. Die Entfernung zwischen Programm und Verkauf kann aber wohl so groß sein, daß es an einer Kausalität der geschäftlichen „Angabe“ des Plazierenden und/oder der Schaffenden für den konsekutiven Kauf fehlen mag (dazu siehe oben I 4 h). Hier sind aber auch Einzelfälle vorstellbar, in denen die Platzierung kausal für den Kauf wird, und insoweit einzelfallabhängig eine Irreführung vorliegen mag.

Damit eine objektive Entscheidungsdeterminanz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts überhaupt in Betracht kommt, hätte der BGH hier deutlich machen

müssen, daß er von der manipulativen Wirkung des Product Placements für die Nachfrage nach dem Produkt ausgeht.

β) *Rezipienteninteresse*

Der Schwerpunkt der Beanstandung von Product Placement liegt nach hier vertretener Ansicht in der Beeinträchtigung der Rezipienteninteresses. Das OLG München⁹⁴⁶ sieht hier sowohl das „Recht sich einer Beeinflussung“ als auch das „Recht sich einer Belästigung“ durch Werbung entziehen zu können (hier als „Rezipientenfreiheit“ bezeichnet“), als von Art. 2 Abs.1 GG i.V.m. Art. 1 Abs.1 GG geschützt. Eine Zuordnung im einzelnen findet nicht statt, könnte aber wie folgt vorgenommen werden:

- (1) Der Schutz vor der **Beeinflussung**, könnte wie bei der subliminalen Werbung - durch das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** erfolgen (Art. 2 Abs.1 GG i.V.m.Art. 1 Abs.1 GG). Ähnliche Argumente spielen hier eine Rolle; wobei eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs.1 GG) ferner liegt als bei der subliminalen Werbung, weil die werbende Wirkung supraliminal ist und lediglich die eigentliche Veranlassung - werblich und nicht programmatisch - nicht offengelegt wird. Literaturansichten wollen § 1 UWG die Unterscheidung von „kognitiv zu verarbeitender Werbung“ und „voluntativ nicht beherrschbarer Werbung unterlegen“.⁹⁴⁷ Product Placement ist wegen der fehlenden Erkennbarkeit als Werbung im Schwerpunkt kognitiven Einwänden ausgesetzt und vermindert so die Fähigkeit des Rezipienten, **sich mit der Werbung auseinanderzusetzen**⁹⁴⁸ (und behindert insoweit vielleicht auch seine voluntative Steuerungsfähigkeit,⁹⁴⁹ die in einem beeinflussten Kaufentschluß (= Äquivalenzinteresse) münden kann. **Bei der Beeinflussung durch Werbung im Bereich der Rezipientenfreiheit geht es nicht darum, die Beeinflussung der Allokationsentscheidung des Konsumenten beim Kauf des Produkts zu sanktionieren** (dazu siehe oben I 4 c dd), sondern auf der kommunikationspolitischen Ebene die Kenntnis und Bewertung des werblichen Inhalts des Programms **zu fördern**. Der Schwerpunkt der wettbewerblichen

946 Im Film "Fire and Ice" besteht ein spezielles Problem: das Product Placement war so eindeutig und offensichtlich, daß eine Tarnung werbliche Beeinflussung mit einen dramaturgischen Mantel nicht mehr anzunehmen war. Das OLG München selbst spricht von einer "Werbung im Übermaß", die sich von "normalen" Product Placement unterschiede. Die Entscheidung wird deshalb in dieser Übersicht als Fall des "Product placements anstelle von Programm" behandelt. Ihre grundrechtlichen Ausführungen können aber auch auf das Product Placement im Programm bezogen werden.

947 I.Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, 1996, S. 62-72; vorher bereits B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S.132 f.

948 B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S.132 f.

949 I.Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, 1996, S. 198 f, die jeden Irrtum über die programmatische Veranlassung als wettbewerbsrechtlich relevant erachtet.

Behandlung sollte deshalb auch nach Literaturansichten auf der Irreführungsgefahr liegen.⁹⁵⁰

- (2) Der **Schutz vor Belästigung** wird zunächst allenfalls durch die allgemeine Handlungsfreiheit, und nicht über den Schutz der Menschenwürde erreicht. So einschneidend ist die Konfrontation mit Werbung im Hauptfilm nicht, als daß eine Verletzung der Menschenwürde bejaht werden könnte. Die Möglichkeit, das Kino zu verlassen, schließt eine Herabwürdigung des Rezipienten nach der Objektformel des BVerfG aus. Die Belästigung könnte sich als Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs.- 1 GG) darstellen. Das deutet auch das OLG München an, wenn es darauf abstellt, daß der Beworbene sich *nicht* wie bei der Vorspannwerbung durch spätes Betreten des Kinos dem Werbeblock und der Werbung *von vornherein entziehen* kann. Der Beworbene bleibt so nicht „Herr“ über den werblichen Anteil seiner Freizeitgestaltung.⁹⁵¹ Dagegen könnte man einwenden, daß, wer mit dem Product Placement konfrontiert ist, aufstehen und das Kino verlassen kann. Die Freiheit zu handeln wird grundsätzlich nicht beeinträchtigt - allenfalls hat die Koppelung von Programm mit Werbung eine psychologische Wirkung, die die Handlungslast - Aufzustehen - erschwert, weil das Restprogramm doch noch Attraktionswert haben könnte. Diese Handlungslast ist die Belästigung - im Schwerpunkt handelt es sich aber nicht um eine Einschränkung der Handlungsfreiheit, sondern um eine Vereitelung ihrer subjektiven Optimierung. Und hierin wird die Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu sehen sein.

γ) *Allgemeinwohl*

- (1) **Sachlichkeitsgrundsatz** (dazu siehe unter I 4 d). Hier handelt es sich um grundrechtlich nicht fundierbare Argumente, die aber einfachgesetzlich in die Interessenabwägung eingehen können. Hier könnte man den Schutz des **Leistungswettbewerbs**, der eine sachliche, und keine übermäßig gefühlsbetonte Werbung verlangt, erwägen. Das Ziel von Product Placement ist die Assoziation mit Gefühlen - dennoch soll Product Placement nicht per se unter das Verbot unsachlicher, gefühlsbetonter Werbung fallen.

Diese Wertung überrascht, wenn man in Parallele zu den Fällen I (Ölverschmutzte Ente), IV und V (Öko- und Sozialsponsoring), in denen nach der BGH-Rechtsprechung unzulässig an Gefühle appelliert wird, ernst nimmt.

- (2) **Neutralität der Medien**. Es handelt sich um einen Allgemeinwohlbelang, weil nur Medien, die Programm und Werbung trennen, den institutionellen Gehalt von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ausfüllen können. Der BGH spricht den drohenden

950 B.Scherer, "Product Placement" im Fernsehprogramm, 1990, S. 134 ff.

951 OLG München, Urt.v.29.10.1992, ZUM 1993, 617, 621 "Fire and Ice"

Autoritätsverlust selbst an, wenn er das Vertrauen der Rezipienten in die Autorität des Unbeteiligten schützen will (siehe oben unter a bb).⁹⁵² Der BGH behandelt allerdings nicht die Frage, inwieweit die Medien sich kraft der institutionellen Mediengarantien gegen den Verlust von Einnahmen aus Schleichwerbung wehren können (7. Kapitel).

bb) Product Placement anstelle von Programm

Zu dieser Kategorie tendiert der Film „Feuer, Eis & Dynamit“.

a) Äquivalenzinteresse

- (1) **“Manipulation“ hinsichtlich des Kaufs des beworbenen Produkts.** Die Werbung ist so klar erkennbar, daß eine Irreführungsgefahr grundsätzlich nicht besteht.
- (2) **“Manipulation“ hinsichtlich des Programms.** Wenn der werbliche Anteil so hoch ist, daß ein Programm kaum mehr existiert, dann verlangt § 3 UWG die Aufklärung über diesen Umstand *bevor* das Programm gekauft wird.

β) Rezipientenfreiheit

- (1) **Der Schutz vor der Beeinflussung.** Eine Irreführung eines nicht unerheblichen Teils der Rezipienten liegt nicht vor. Die werbliche Veranlassung tritt so *offensichtlich* in den Vordergrund, daß der Rezipient weiß, daß er Werbung statt des Programms erhalten hat.⁹⁵³
- (2) **Der Schutz vor Belästigung.** Hier - wie auch beim Schutz des Allgemeinwohls - kann nach oben verwiesen werden.

cc) Werbung vor/nach dem Programm

Es handelt sich im wesentlichen um Sponsoring- und Merchandisinghinweise auf die Bezugsquellen von programmbegleitenden Materialien, die in den Werbeberichtlinien der Rundfunkanstalten (etwa bei den öffentlich-rechtlichen Art. 14 RfSt) näher beschrieben sind.

a) Äquivalenzinteresse

- (1) **“Manipulation“ hinsichtlich des Kaufs des beworbenen Produkts.** Die Hinweise auf die Erhältlichkeit von programmbegleitenden Büchern oder auf Be-

952 Dafür scheint auch eine andere BGH-Entscheidung zu sprechen, die die Neutralität der Medien vor einer Kommerzialisierung schützen will: BGH Urt.v.19.11.1992 "Guldenburg" GRUR 1993 692, 694 f zur Betätigung von Fernsehanstalten in weiteren Märkten "durch ein starkes Ineinandergreifen der wirtschaftlichen Interessen der Fernsehanstalten und der lizenz-interessierten Wirtschaftskreise (kann es) zu einer Gefährdung der Unabhängigkeit der Programmgestaltung und Schwächung der Abwehr sachfremder Einflüsse Dritter" kommen. Gegenstands war das Merchandising - nämlich die Ausnutzung des Bekanntheitsgrades durch Beanspruchung von Marken, die im Programm wurzeln.

953 So die Argumentation des OLG Hamburg zu "Fire and Ice" - Hier wird deutlich, wie fließend die Grenzen zwischen Product Placement im und anstelle des Programms sind.

zugsquellen für Produkte (Merchandising)⁹⁵⁴ sind sehr kurz und sachlich und daher per se nicht geeignet, das Äquivalenzinteresse durch Irreführung zu beeinträchtigen. Ein Informationsinteresse der Zuschauer liegt nahe und eine Irreführung liegt wegen des offensichtlichen Charakters als Werbung nicht vor.⁹⁵⁵ Der Sponsoringhinweis ist insoweit unproblematisch, weil eindeutig ist, was beworben wird und daß das Programm gesponsert wird.

- (2) **“Manipulation“ hinsichtlich des Programms.** Trotz aller rundfunkstaatsvertraglicher Bestimmtheit, daß Einflüsse des Sponsors auf das Programm zu minimieren sind, bleibt die allgemeine Gefahr, daß die Neutralität der Medien durch Sponsoring und Merchandising gefährdet wird. Bei einer idealtypischen Neutralität der Medien handelt es sich um einen Allgemeinwohlbelang, und nicht um den Schutz einer subjektiv-rechtlichen Äquivalenzerwartung. Eine Behauptung des Inhalts, daß Programme mit Merchandising weniger Wert haben als ohne überzeugt wegen der Sachnähe und der Anwendbarkeit der Programme im täglichen Leben (Beispiel etwa die Sendung „Hobbythek“) nicht.

β) Rezipientenfreiheit

Es handelt sich um nur kurze Hinweise, die eine minimale Vermeidungslast verursachen. Auch eine Irreführung über die kommerzielle Veranlassung der Spots oder Ankündigungen selbst, liegt nicht vor.

dd) Zusammenfassung

Die **Berührung** unterschiedlicher Interessen faßt der BGH durch das Persönlichkeitsrecht auf Schutz vor Manipulation zusammen. Bei seiner Entscheidung „Feuer, Eis & Dynamit“ ging es dem BGH wohl vorrangig darum, den Schutz der Äquivalenzinteressen hinsichtlich des Programms - nicht der beworbenen Produkte - zu schützen.

Ein allgemeines Persönlichkeitsrecht auf Schutz vor Manipulation müßte aber auch den Schutz vor suggestiver und irreführender Werbung umfassen, so sich deren Wirksamkeit belegen läßt.

Dieses angeblich verfassungsrechtlich fundierte Persönlichkeitsrecht ist so wenig konturiert und so wenig überzeugend begründet, daß der Verdacht einer Zweckkonkretisierung naheliegt. Der Zweck besteht in der Ausfüllung der immanenten Schranken der Kunstfreiheit durch die Kreation eines kollidierenden Grund-

954 Zum Merchandising siehe etwa die auf Art. 16 RfSt gestützten ZDF-Richtlinien für Werbung und Sponsoring v. 19.3.1993 i.d.F.v. 7.10.1994 Teil D, abgedruckt in G.Ring, Medienrecht, 51 Erg.Lfg., 1997, C-0.3 Rn. 101 ff.

955 OLG Frankfurt Urt.v.10.2.1994 (NJW-RR 1994, 1200) und Beschl.v.7.10.1993 "Hobbythek" (NJW-RR 1994, 367) bejahen das Recht der programmatisch veranlaßten Produktennennung; sie bejahen aber die Wettbewerbsabsicht und den Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz und das Werbeverbot (3.Programm) wenn vor der Sendung die Hersteller kontaktiert werden.

rechts,⁹⁵⁶ weil für die Kunstfreiheit grundsätzlich weder Art. 5 Abs. 2 GG noch der Vorbehalt der Rechte Dritter und der verfassungsmäßigen Ordnung ausreicht (Art. 2 Abs. 1 GG). Dem BGH schien damit der Weg zur Konkretisierung eines einfachgesetzlichen Informationsinteresses des Rezipienten verschlossen, das in die Abwägung hätte eingehen können. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der BGH durch seine Konstruktion einer Erörterung dieser Fragestellungen aus dem Wege gehen wollte.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist methodisch unbefriedigend, daß die Konturen dieses einfachgesetzlichen Persönlichkeitsrechts als Verfassungsrecht ausgegeben werden. Es handelt sich beim Zwang, den werblichen Charakter von Kunst an Vertriebsunternehmen und Kommunikationsträger, wie die Medien, bekanntzugeben und potentielle Rezipienten aufzuklären, um keine geringfügige Einschränkung der Werbekunst. Wenn man diese Werbekunst als „Kunst“ - wie der BGH es tut - qualifiziert, dann muß sie auch eine Teilnahmechance am Kunstmarkt, und nicht nur am Produktmarkt haben. Diese Chance ist insoweit geschützt, als Kunst als Kunst wirken will - und zwar gegebenenfalls wie „schlechte“⁹⁵⁷ Kunst, die eben auch ohne aufklärenden Hinweis (dazu sind die Feuilletons da) ihre Rezipienten selbst finden darf oder das zumindest versuchen darf. Der Aufklärungshinweis wird in einer *kunstfreiheitlichen Betrachtung* zunächst zu einer Warnung; wie die Warnung vor den Folgen des Tabakkonsums und die Warnung vor den Folgen des Dauernuckelns (zum Baby-Bottle-Syndrom, siehe unter I 4c), sollen durch den Hinweis „Unter Beteiligung von ...“ die Äquivalenzinteressen der Kinokartenkäufer geschützt werden.⁹⁵⁸ Hinter dem „Wahrheitsgrundsatz“ des BGH steht in der „Feuer, Eis & Dynamit“-Entscheidung die Überzeugung, daß Werbekunst anders und vermutlich schlechter ist als „nicht-kommerzielle“ Kunst. Eher den „Aliud“- als den „Minus-Charakter“ wird man begründen können; daß die Charakteristika von Werbekunst wegen des Persönlichkeitsrechts auf Schutz vor Manipulation nicht ermittelt werden mußte, ist die Hauptkritik an dieser Entscheidungsmethode, die, wie auch die Entscheidung zu Fall III „Busengrapscher“ bestätigt (dazu 7. Kapitel), kein Einzelfall ist.

956 Siehe zur Schrankenproblematik wie auch zu den Versuchen, die Kunst im Wirkbereich eher beschränkbar zu machen J.Würkner, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, 1994, 147- 161; I.Pernice, Rn. 34 -37 in: H.Dreier, Grundgesetzkommentar, 1996.

957 Im Sinne von Kunst, die entweder die Mehrzahl der Rezipienten unterfordert und/oder überfordert.

958 Wenn man, wozu diese Arbeit rechtspolitisch tendiert, in größerem Umfang auch das nicht offensichtlich das Programm ersetzende Product Placement offenbaren müßte, dann würde sich die Wirkung dieses Hinweises durch seine Verbreitung und durch die Gewöhnung der Rezipienten relativieren.

e) *Unterschiede von kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache*

aa) Geltung des Wahrheitsgrundsatzes nur bei kommerzieller Kunst

Die BGH-Rechtsprechung ist im meinungsfreiheitlichen Kontext auch ein Argument gegen die These von der Universalität der Kommunikationsfreiheit. Diese These argumentiert, daß wegen des Schutzes von Werbung im Rahmen der Medienfreiheiten Werbung per se meinungs- und damit auch kunstfreiheitlich zu schützen sei.⁹⁵⁹ Die einfachgesetzliche Erfahrung der unterschiedlichen Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter und einer unterschiedlichen Berücksichtigung des Allgemeinwohlbelangs - Informationsinteresse am werblichen Anteil von Kunst - unterscheidet die kommerzielle von der nicht-kommerziellen Sprache, die Kunst als Ausdrucksmittel einsetzt. Die Existenz eines *Kennzeichnungsgrundsatzes*, der medienabhängig zusätzlich noch zu einem *Trennungsgrundsatz* führt, ist eine weitere Facette der unterschiedlichen Behandlung von kommerzieller- und nicht-kommerzieller Sprache. Ansichten, die Werbung nach Art. 5 GG schützen wollen, müssen dazu Stellung nehmen, ob sie diese Differenzierung - gegebenenfalls im effektiven Garantiebereich aufrechterhalten - oder tatsächlich zu einer Gleichbehandlung von kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache, kommerzieller und nicht-kommerzieller Kunst - finden wollen.

bb) Eröffnung der kunstfreiheitlichen Schutzbereichs für kommerzielle Kunst

Die Diskussion über den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung muß auch auf die Ebene des Art. 5 Abs. 3 GG erstreckt werden. Es stellt sich dann wie bei Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG die Frage nach der Differenzierung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Kunst. Die BGH-„Lösungen“ in der Praxis, die entweder einen Mißbrauch der Kunstfreiheit konstatieren (Fall I „Ölverschmutzte Ente“) oder ein verfassungsrechtlich so nicht geschütztes Persönlichkeitsrecht kreieren, machen auf das Problem allenfalls aufmerksam (dazu siehe 7. Kapitel). *Neben diesem besonderen Problem der „kommerziellen Kunst“*, also zunächst des Einsatzes von Kunst im Rahmen von klassischer Werbung, stellt sich die allgemeine Frage nach dem Verhältnis von Art. 5 Abs. 3 zu Art. 5 Abs. 1 GG. Die unterschiedliche grammatische Intensität der Schranken verbietet zunächst die Vermischung beider Optionen der Verwirklichung von Kunst und tendiert zu einem *lex specialis* Verhältnis von Kunst zu Meinung.⁹⁶⁰

Die Bilder der Fälle I, IIa und IIb erfüllen unproblematisch die Anforderungen der Strukturen eines verfassungsrechtlichen Kunstbegriffs⁹⁶¹, weil die Photos sicher Ausdruck der freien schöpferischen Gestaltung sind, in die besondere „Eindrücke,

959 7.Kapitel.

960 R. Würkner, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, 1994, S. 162 f, der den Mephisto-Beschluß als Ausdruck einer *lex specialis* Betrachtung qualifiziert BVerfGE 30, 173, 191 f, 200.

961 Der sich einer generellen Definition entzieht BVerfGE 67, 213, 225 "Anachronistischer Zug".

Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmenden Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“⁹⁶²

cc) Methodische Ansprüche an die Rechtsprechung

Die Tatsache, daß die Wettbewerbsgerichte die Interessenabwägung im Rahmen von § 1 UWG unter Zitierung der Verfassung vornehmen, kann im Interesse einer Einheitlichkeit der Rechtsordnung wie auch der Steigerung der Orientierungsgewißheit, begrüßt werden. Die Gerichte müssen aber bei diesen Zitaten deutlich machen, ob es sich um die einfachgesetzliche, durch verfassungsrechtliche Wertprinzipien inspirierte Konkretisierung oder die Überprüfung des aufgrund einfachgesetzlicher Abwägung gefundenen Konkretisierungsergebnisses anhand der Verfassung handelt.

dd) Vorgehensweise

Die letzten drei Kapitel waren der Schilderung der „leading cases“, dem Versuch der Grundlegung einer Arbeitsterminologie und einer Struktur der Werbungsstrategien und auf ihr aufbauend der vielen Wurzeln des Werberechts gewidmet. Die Dame des werberechtlichen Schachspiels, nämlich § 1 UWG, und der König, nämlich der BGH, wurden vorgestellt und es stellt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht die Frage, wie diese Figuren bewegt werden. Das deutsche Verfassungsrecht kennt das „Spiel“ nach Art. 12 GG, während das „Spiel“ eines verfassungsrechtlichen Schutzes der Werbung nach Art. 5 GG, das vom BGH und der neueren Literatur einhellig gefordert⁹⁶³ wird, neue Überlegungen erfordert. Es ist nämlich (im 7. Kapitel) grundsätzlich zu fragen, *ob und inwieweit* Art. 5 GG die wettbewerbsrechtlichen Strukturen, die in den letzten Unterabschnitten skizziert wurden, zu rechtfertigen vermag und wo entweder bei der Fallgruppenbildung bei Art. 5 GG oder durch ein Festhalten am verfassungsrechtlichen Schutz von Werbung im Korsett der wirtschaftlichen Betätigung (Art. 12 Abs. 1 GG) differenziert werden kann oder muß. Zur Vorbereitung dieser Überlegungen widmet sich das vierte Kapitel der Verfassung der Vereinigten Staaten, die durch den Supreme Court vor über zwei Jahrzehnten zu einem äußerungsfreiheitlichen Schutz von Werbung gelangte. Das vierte Kapitel versucht sich deshalb dem effektiven Garantiebereich für Werbung in der Bundesverfassung der USA zu nähern - und zwar nicht nur aus der Perspektive des Supreme Court, sondern auch aus der Perspektive der (kritischen) Literatur. Die amerikanischen Erfahrungen haben keine unmittelbare rechtliche Bedeutung für die Interpretation des deutschen Grundgesetzes, und darin unterscheiden sie sich vom 5. Kapitel, das den Schutz für Werbung in der EMRK zum Gegenstand hat. Das 6. Kapitel stellt sich die Aufgabe, den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsstandard für die Werbung zu ermitteln, weil das

962 BVerfGE 67, 213, 226.

963 7.Kapitel

Gemeinschaftsrecht in vielfacher Weise auf die deutsche Rechtsordnung einwirkt und ein effektiv äußerungsfreiheitliche Schutz von Werbung den Markt der Argumente zum deutschen Verfassungsrecht beeinflusst.