

### WERBUNG (ALS MEINUNG) IM GRUNDGESETZ

#### I. Vorbemerkung

*Nach* der Darstellung des informationsfreiheitlichen Schutzes von Werbung im amerikanischen Verfassungsrecht (4.Kapitel), der weiten staatlichen Beurteilungsspielräume beim äußerungsfreiheitlichen Schutz der Werbung in Art. 10 EMRK (5.Kapitel) und der gegenwärtigen Bestandsaufnahme des Gemeinschaftsrechts, das einen meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung nicht kennt (6.Kapitel), kristallisiert sich als die „gemeinsame Aufgabe“ der untersuchten Rechtsordnungen nicht die Subsumtion von Werbung als „Meinung“ und/oder „Äußerung“ und/oder „Information“, sondern die Entscheidung darüber, ob die Teilnahme am Wettbewerb durch Sprache - Werbung - gegenüber der Teilnahme am Wettbewerb durch Tun privilegiert wird. Die Überschrift „Werbung als Meinung“ scheint deshalb die Problematik nicht zu erfassen: Geht es doch darum, einen bei der *Wirtschaftslenkung*<sup>1</sup> und bei der Beschränkung der *Berufsausübung* relativ freien Staat in die engen Grenzen der „Informations-“ „Äußerungs-“ oder „Meinungsfreiheit“ zu verweisen.

#### 1. *Verengung staatlicher Freiheit zur Wirtschaftslenkung und Beschränkung der Berufsausübung durch den äußerungsfreiheitlichen Schutz der Werbung*

Diese größere Freiheit des Staates verdeutlichen in der amerikanischen Verfassung der Gegensatz von „due process“ und „no law“, in der EMRK die Verbürgung der Äußerungsfreiheit in Art. 10 EMRK, die Schrankendivergenz zur Eigentumsgewährleistung von Art. 1 des 1.ZP und die grammatische Nichtexistenz einer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und im Gemeinschaftsrecht die zumindest im Bereich der Agrarpolitik weitesten Beurteilungsspielräume bei der Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (offensichtliche Fehlerhaftigkeit und Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne; siehe 6. Kapitel II 3 ee“), die mit einer Meinungsfreiheit offensichtlich unvereinbar sind.

Diese größere „Freiheit“ des Staates bei der Wirtschaftslenkung erklärt sich

---

1 Zu den Begriffen E.Schulev-Steindl, *Wirtschaftslenkung und Verfassung*, 1996, S. 3 ff zu den autorenabhängigen Differenzierungen zwischen Wirtschaftsordnungs- und Wirtschaftslenkungsrecht und der Erkenntnis, daß es an präzisen Abgrenzungen fehlt. Hier wird der Begriff Wirtschaftspolitik in einem sehr weiten Sinn verstanden, nämlich als Summe der Zielvorstellungen die durch Wirtschaftslenkungsmaßnahmen verfolgt werden (a.a.O., S. 7). Für diese Studie sind die Formen der Wirtschaftslenkung relevant, die - wenn auch mittelbar - konkrete Auswirkungen auf die Berufsausübung haben. Das BVerfG verwendet die Begriffe der wirtschaftsordnenden und -lenkenden Maßnahmen in BVerfGE 39, 210, 231.

- durch die Ungewißheit über die Ergebnisse makro- und mikroökonomischer Prozesse und die daraus resultierenden Prognosespielräume,
- die grundsätzliche Akzeptanz der staatlichen *Lenkung*, die etwa für die Annäherung etwa an Sozial- und Umweltschwerpunkte<sup>2</sup> notwendig ist, und deren Verfolgung von (wirtschafts-)politischen Entscheidungen geprägt sind und
- die *historisch erkämpfte* Minimalisierung des Rechts des Staates zur Unterdrückung von Meinungen. Die Äußerung und der Austausch von Meinungen und Informationen sind Voraussetzung für die Teilhabe der Menschen an ihrem Staat und der Kontrolle seiner Organe durch eine öffentliche Meinung, die das Ergebnis (auch) privater Meinungsbildung und -äußerung ist. *Die öffentliche Meinung tritt in Konkurrenz zur staatlichen Sprache, deren Kritiker sie ist, und kämpft mit ihr um Marktanteile.* Der Staat ist zudem als (ein) Gegenstand der öffentlichen Meinung *naturgemäß befangen*; die Freiheit der Meinung trägt dieser Befangenheit dadurch Rechnung, daß dem Staat und seinen Organen eine Bestimmungsmacht über die Meinungen Privater weitestgehend versagt wird:
- nur wenn der Schutz der Jugend, der Ehre und anderer „allgemeiner Rechtsgüter“ das verlangen, darf er die Meinungen Privater beschränken (Art. 5 Abs. 2 GG).

Zunächst ist der Staat bei der Wirtschaftslenkung nicht ähnlich befangen wie bei der Meinungsfreiheit. Allein durch seine (heute) unbestrittene Lenkungsmacht wird deutlich, daß der Staat hier nicht - wie auf dem Meinungsmarkt - als Konkurrent privater Grundrechtsverwirklichung auf dem Produktmarkt tätig wird. Es gibt zwar weite Branchen, die durch die Beteiligung staatlicher Unternehmen geprägt sind. In einer allgemeinen Betrachtung wird man indes nicht behaupten können, daß der Staat bei der wirtschaftlichen Betätigung (unmittelbar) konkurrierende Interessen zu den Marktteilnehmern, über deren Freiheit und effektive Garantiebereiche er befindet, wahrnimmt.<sup>3</sup> Der jetzige Staat des Grundgesetzes (vergleiche Art. 15 GG) bietet seine „Produkte“ regelmäßig nicht in Konkurrenz zu privaten Anbietern an.

Die Konsequenz dieser unterschiedlichen Positionierung des Staates auf dem Meinungs- und dem Produktmarkt und die Eigenschaft der Werbung als einem marketingpolitisches Instrument, das dem Produktmarkt zuzuordnen ist (siehe auch die Skizze zum Marketing-Mix), läßt die Fragestellung „Werbung als Meinung“? in einer gegenwärtigen und statischen Betrachtung als verfehlt erscheinen. Was aber, wenn die Forderungen nach Meinungsfreiheit für die Werbung einen neuen Kampf um *nun wirtschaftliche Freiheiten* einleiten? Was, wenn die Postulate der kommerziellen Meinungsfreiheit *eine* Vorstufe des Streits um eine *nun* größere grundrechtliche Teilhabe an der Wirtschaftsverfassung und um einen größeren Schutz vor Wirtschaftslenkung und Beschränkungen der Berufsausübung sind?

Für die Paulskirchen-Verfassung war die Meinungsfreiheit der Verbote immer weitergehender demokratischer Mitbestimmungsrechte, die, nach den bekannten

---

2 Zur Bindungswirkung von Sozialstaatsbestimmungen K.P.Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 377 ff.

3 Mit der Ausnahme der Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb; dazu siehe im 3.Kapitel V 4 b cc), die aber von der Wirtschaftslenkung zu trennen ist und des Steuerrechts.

Rückschlägen, im Grundgesetz weiter ausgebaut wurden. Wäre es ausgeschlossen, daß das Grundgesetz mit seiner Konzeption der wirtschaftspolitischen Neutralität, die ihm das BVerfG bescheinigt, einer ähnlichen Revision bedarf und die Konkretisierung von Art. 12 GG durch das BVerfG diesem Bedürfnis nach Einschränkung staatlicher Wirtschaftslenkung nicht mehr genügt?

In diesem Blickwinkel wäre *nur* der Titel „Werbung als Meinung“ zutreffend. Das Muster des Kampfes um die Freiheit der Meinung als Vorstufe und Element des Kampfes um die Demokratie setzt sich hier in dem Streben nach einer Meinungsfreiheit für die Werbung fort.

Die tatsächlichen Inhalte der Werbung kommen diesen Forderungen zumindest in den disputierten Fällen (etwa Fall I und IIa „Ölverschmutzte Ente“; HIV-Positive“) dadurch entgegen, daß sie große Nähe zu „klassischen“ Meinungen haben:<sup>4</sup> ein Kommunikator nimmt zu einem öffentlichen Anliegen - Umwelt- und/oder Solidargemeinschaft - in seiner Weise Stellung.

Die Meinungsfreiheit der Werbung könnte später den Boden für Argumente bereiten, die fordern, daß die *Beschränkung der übrigen Politiken des Marketing-Mix, nämlich der Kontrahierungs-, Distributions- und Produktpolitik, einer größeren gerichtlichen und grundrechtlichen Kontrolle unterworfen werden.*

Wieso, so wird man dann argumentieren können, soll *eine* Marketingstrategie, die die Kommunikationspolitik einsetzt, gegenüber einer Strategie, die ihre Schwerpunkte auf das Produkt, den Preis und/oder die Distributionssysteme setzt, grundrechtlich privilegiert werden? Sollten die dann im Rahmen des Art. 5 GG gefundenen Maßstäbe nicht auf andere Formen der Teilnahme am Markt erstreckt werden?

In einer Grundrechtsfaktizität, bei der Konsum und Kommerz nicht nur für die Subsistenz der Menschen notwendig sind, sondern auch die „Werte“ prägen („Markenbildung“) oder neue konkurrierende „Werte“ schaffen, mag das Beharren auf der Schranke der

*„hinreichenden Gründe des Allgemeinwohls...“<sup>5</sup> in Verbindung mit einem gesetzgeberischen Ermessen,<sup>6</sup>*

*das bei Beschränkungen der Berufsausübung wie bei wirtschaftspolitischen Maßnahmen zu achten ist,*

der Wertigkeit von wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit und kommerzieller Sprache (nicht mehr) genügen. Die Gewöhnung an und der Stolz auf das meinungsfreiheitlich geschützte Recht, die (eigene) Wahrheit äußern zu dürfen, mag ein

---

4 Siehe auch den prägenden Effekt der Werbung für die Kulturwerbung: Der Sender "Arte" wirbt mit einer Packung Suppennudeln in Buchstabenform, vor die ein Löffel drapiert ist, in dem das Sendedatum mit Nudelbuchstaben in der Suppe schwimmt.

5 "wenn die gewählten Mittel zur Erreichung der verfolgten Zweckes geeignet und auch erforderlich sind und wenn bei einer Güterabwägung zwischen der *Schwere* des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt wird..." BVerfGE 68, 155, 171; 70, 1, 28; 68, 272, 282; 68, 193, 218.

6 BVerfGE 13, 237, 241; 81, 156, 189 mit Bezug auf BVerfGE 37,1, 21; 39, 210, 225; 46, 246, 257; 51, 193, 208. Zur Gestaltungsfreiheit bei wirtschaftsordnenden und -lenkenden Maßnahmen BVerfGE 39, 210, 231.

Grund dafür sein, weshalb die Meinungsfreiheit auch auf die kommerzielle Sprache erstreckt werden soll. Wenn man die Meinungsfreiheit als konstitutives und funktionales Element eines demokratischen Rechtsstaats erlebt hat, neigt man vielleicht dazu, dieses Konstruktionsprinzip auf die „Verfassung“ des Wettbewerbs übertragen zu wollen.

Ein Beleg für diese Übertragungsratio ist ein Titel wie die „Bedrohung der Werbefreiheit“<sup>7</sup>, der Tabakwerbeverbote diskutiert.

## 2. *Belege für die und Folgen der Bemühungen um eine Einengung der gesetzgeberischen Ermessens bei der Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung durch den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung?*

Literatur- und/oder Rechtsprechungshinweise auf diese weite Agenda einer Effektivierung wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit finden sich im Schrifttum auffälligerweise und in der fallorientierten Rechtsprechung pragmatischerweise *nicht*. In der jüngeren Literatur - ob mit gemeinschaftsrechtlichen<sup>8</sup>, wettbewerbsrechtlichen<sup>9</sup> oder verfassungsrechtlichen Schwerpunkten<sup>10</sup> - wird grundsätzlich unisono wenn auch im Detail „multisono“, der „meinungs-, äußerungs-, informations- oder kommunikationsfreiheitliche Schutz der Werbung“ gefordert. Dieses Fehlen einer ganzheitlichen, *marketing- wie wirtschaftspolitischen Konzeption der Interpretation der Grundrechte*, insbesondere von Art. 12 GG, hat mehrere Konsequenzen:

### a) *Fixierung auf Begriff und Funktion der Werbung für die „öffentliche Meinung“*

Alle dieser Studie zur Verfügung liegenden Vorgängerarbeiten befassen sich mehr oder weniger differenziert mit dem Begriff der „Meinung“ und/oder der „Funktion eines in Art. 5 Abs. 1 GG geschützten, einheitlichen Kommunikationsrechts“ (dazu siehe unter III). Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG vermag als Konsequenz seiner historischen Entwicklung dieser Kommerzialisierung *des Schutzbereichs* genausowenig Öffnung zu garantieren wie Widerstand zu leisten: Was eine „Meinung“ ist, wird von demjenigen bestimmt, der „mein-t“. Nur über den *Schutz* dieser Meinung kann der Staat disponieren, und es entsprach beziehungsweise entspricht der Rechtsprechung des BVerfG, des BVerwG und des BGH (letzterer bis 1995; vgl. Fall I), die Werbung als Bestandteil der (hier so genann-

7 B.Ackermann, Die Bedrohung der Werbefreiheit, WRP 1998, 665f.

8 Etwa Th.v.Danwitz, "Produktwerbung", 1998, S. 61 ff; A.Meyer, Produktspezifische Werberegelungen in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft, 1996.

9 Etwa E.Ullmann, Einige Bemerkungen zur Meinungsfreiheit in der Wirtschaftswerbung, GRUR 1996, 948, 952; Th.Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, 1994, S. 102 ff.

10 A.Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1993, S. 79 ff; K.Grigolet, J.Kersten, Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikationen, DVBl 1996, 596, 600; W.Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für die Werbung, ZUM 1996, 1 ff.

ten) wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen des Art. 12 GG zu schützen.<sup>11</sup> In der Vergangenheit hat die *Konkretisierungsbedürftigkeit* des Begriffs der „Meinung“ (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt GG) dazu geführt, daß Werbung dementsprechend als „Berufsausübung“ (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) geschützt werden *konnte*<sup>12</sup> *und durfte*. *Nunmehr* soll die *Konkretisierungsfähigkeit* von „Meinung“ dazu *zwingen*, daß Werbung in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zu schützen sei. In Abwesenheit historischer Auslegungsargumente lassen sich drei Begründungsstränge für den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung feststellen:

aa) Meinungsfreiheit als „offener und sinnvariabler“ Begriff

Eine *frühe* Ansicht die den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung verlangt, beruft sich auf die „*Sinnvariabilität*“ der Meinungsfreiheit und auf die zunehmende Bedeutung wirtschaftlicher Sachverhalte für die Bildung der „*öffentlichen Meinung*“<sup>13</sup>. Bei der „Sinnvariabilität“ handelt es sich um eine etwa auch beider Familie des Art. 6 Abs. 1 GG bekannten Argumentation vom „offenen Verfassungsbegriff“<sup>14</sup>, die nach hier vertretener Ansicht mindestens zwei Voraussetzungen erfüllen muß:

- (1) Der Verfassung“interpret“ muß nachweisen, welche *Vorteile* seine Konkretisierungsmethode und sein Konkretisierungsergebnis gegenüber dem *bisherigen*, auf Historie, Grammatik, Systematik und Teleologie basierenden Verfassungsverständnis haben.
- (2) Es muß auch geprüft werden, inwieweit die *kollidierenden Freiheiten* - wie etwa die *negative Rezipientenfreiheit* - *ähnlich* „sinnvariabel“ interpretiert werden können und müssen (dazu siehe unter V).

Es kann vorweggenommen werden, daß diese Studie zu dem Ergebnis kommt, daß die kollidierenden (negativen) Rezipientenrechte ähnlich sinnvariabel konkretisiert werden können wie die werbliche Meinungsfreiheit, und daß das, was mit dem meinungsfreiheitlichen Schutz erstrebt wird, nämlich die Vergrößerung des effektiven Garantiebereichs, nur im Einzelfall zu einem größeren Schutz für die Werbung führen kann.

bb) „Meinen“ als Werben

Die Gefahr einer *ebenso* „sinnvariablen Interpretation“ kollidierender Grundrechte besteht *dann nicht*, wenn man grammatisch-teleologisch „Werben“ als „Meinen“ subsumiert, wie es eine jüngere Ansicht unter Berufung auf das „Vermischungsargument“ (siehe dazu auch im 4. Kapitel II 6 b) tut.

---

11 BVerfGE 95, 173, 181; 94, 372, 389; 85, 248, 246; 76, 196, 207; 71, 183, 194 ff, 199; 71, 162, 173. Etwa BVerwGE 35, 326, 33.

12 G.Wacke, Werbeaussagen als Meinungsäußerung, in: Hamburger Festschrift für F.Schack, 1966, S. 197 ff.

13 P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S.80 f. Dagegen wendet Th.Oppermann ein, daß eine solche Dynamisierung - anders als die Feststellung eines "flexiblen Verfassungswillens" - nicht mehr von den Auslegungsprinzipien gedeckt ist; Th.Oppermann, Festschrift für G.Wacke, 1972, S.393, 399.

14 H.Lecheler, Schutz von Ehe und Familie, § 133 Rn 33 ff m.w.N., in: Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 1989.

So sei sowohl bei der „Pressefreiheit“ des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als auch bei der Bekenntnisfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG anerkannt, daß kommerzielle Motive nicht zum Schutzbereichsausschluß führten.<sup>15</sup> Das gleiche müsse für die Meinungsfreiheit gelten, weil: „Der Versuch einer Abgrenzung wäre unsicher. Man denke nur daran, daß in den modernen *Zeitgeist*- und Lifestylemagazinen kaum noch zwischen Nachrichten und Anzeigenwerbung unterschieden werden kann.“<sup>16</sup>

cc) Werbung als Bestandteil einer von Art. 5 Abs.1 GG teleologisch (und systematisch) geschützten Kommunikationsfreiheit - das Differenzierungsproblem  
Komplexere Ansichten entwickeln unter - im Detail unterschiedlicher Ablösung vom Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 GG - ein einheitliches Grundrecht und System der Kommunikation, das auch werbliche Beiträge umfaßt.<sup>17</sup> Kennzeichnend für diese Ansätze ist der Wechsel der Perspektive: Es kommt nicht zentral darauf an, was ein Grundrechtsträger *mein-t*, sondern welchen Beitrag diese Äußerung für die öffentliche Meinung zu *bewirken* vermag.<sup>18</sup> *Die meinungsfreiheitliche Ursprungsperspektive wird durch eine Folgenperspektive ersetzt.* Mit der *Wirkung* des Beitrags wird ihr zur nicht-kommerziellen Sprache vergleichbarer Wert für die „öffentliche Meinung“ begründet. *Diese Ansätze verlangen per se nach Differenzierung.*

Die Werbung mit Preislisten, wie sie etwa der viertgrößte Werbeetat im Halbjahr 1998 (siehe die Tabelle im 1.Kapitel), nämlich ALDI betreibt, mag wegen der hohen Auflage „öffentlich“ sein. Die Käufer mögen angesichts der Preisinformationen auch meinen, daß ALDI preiswert ist und für sich selber entscheiden, das eine oder andere Produkt zu kaufen. Ein Bezug zu einer „öffentlichen Meinung“, die demokratietheoretische Mindeststandards kennt, besteht aber nicht.

Das „line drawing problem“ im meinungsfreiheitlichen Schutzbereich, das durch die Integration von Werbung *so* generiert wird, wird nicht deutlich gemacht. Eine nähere Prüfung wird dadurch vermieden, daß meinungsfreiheitlicher Schutz anhand von neuen Formen der Werbung, die sich von der klassischen Produktwerbung deutlich abheben, erörtert wird.

Beispiele sind Fall I („Ölverschmutzte Ente“) und Fall II a („HIV-Positive“).<sup>19</sup>

---

15 Unter Bezugnahme auf BVerwGE 90, 112, 116 "Osho" und BVerfGE 30, 336, 352 "Sonnenfreunde".

16 K.J.Grigolet, J.Kersten, Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikation, DVBl 1996, 596, 598. Die durch den einfachgesetzlichen Trennungsgrundsatz (§ 1 UWG, etwa § 9 BerlPresseG) geforderte Trennung von Werbung und Programm (dazu siehe im 3.Kapitel II und V 7) wird hier - normenhierarchisch zutreffend - auf der Ebene des Verfassungsrechts ignoriert

17 A.Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1993, S.80- 93.

18 W.Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1 ff wobei der Wechsel der Terminologie zur "Kommunikatorfreiheit" im Alternativkommentar vielleicht eine Abschwächung für die kommerzielle Sprache andeutet.

19 W.Hoffmann-Riem, ZUM 1996, 1 ff; E.Ullmann, GRUR 1996, 948; K.J.Grigolet, J.Kersten, DVBl 1996, 596, 598

Die jüngeren Protagonisten des meinungsfreiheitlichen Schutzes für die Werbung erklären deshalb nicht, welche Inhalte und Formen der Werbung definitiv *nicht* meinungsfreiheitlich geschützt werden können.

Paradigmatisch ist die Kommentierung von *Ch.Degenhart* der „Werbeaussagen grundsätzlich als geschützte Meinungsäußerungen“ sieht, dann aber nicht ausschließen will, daß „bestimmte Formen wie Trikotwerbung“ und „einfache Plakate“ nach „Art. 12 *und* 14 GG“ zu beurteilen seien.<sup>20</sup>

Es existiert also auch für Ansichten, die einen meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung bejahen, auf der Schutzbereichsebene ein Differenzierungsproblem zwischen meinungsfreiheitlich und nicht meinungsfreiheitlich geschützter Werbung. Diese Subsumtionsprobleme könnte man dadurch vermeiden, daß man weder auf den informativen noch auf den meinungsfreiheitlichen Gehalt der Werbung abstellt, sondern Art. 5 Abs. 1 GG einem Prinzip gemäß, nämlich dem „free flow of information“, auslegt.<sup>21</sup> Dann stellen sich die Differenzierungsprobleme erst im Rahmen des effektiven Garantiebereichs ein (dazu siehe unter III 6).

#### dd) Zusammenfassung

Festzuhalten ist, daß dieses „line drawing problem“ durch die Orientierung am Beitragswert der Werbung für die „öffentliche Meinung“, die in ihrem Kern immer noch eine politische ist (dazu siehe unter III 6), bedingt ist.

Wenn Art. 5 Abs. 1 GG eine „kommerzielle öffentliche Meinung“ teleologisch zugeordnet würde, dann könnten auch die Preislisten von ALDI als meinungsstiftend in den Schutzbereich eingehen.

Die Konzentration auf den „*Meinungs*charakter“ von Werbung hat auch zur Folge, daß das Kommunikationsmodell, das Art. 12 Abs. 1 GG nach der BVerfG-Rechtsprechung zugrundeliegt, vernachlässigt wird.

#### b) *Vernachlässigung der Möglichkeiten des Schutzes von informativer Werbung im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit*

##### aa) Begriff: „Wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG

Werbung, die oft durch juristische Personen (Art. 19 Abs. 3 GG)<sup>22</sup> erfolgt, gehört nach der BVerfG-Rechtsprechung *zur Berufsausübung, die in* Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG geschützt wird.<sup>23</sup> Die Freiheit der Berufsausübung umfaßt auch die Teilnahme am Wettbewerb durch eine selbständige erlaubte Tätigkeit<sup>24</sup> und die hier in-

20 BK, 52 Erg.Lfg., Art. 5 Rn. 154.

21 So andeutungsweise Ch.Degenhart, BK, 52 Erg.Lfg., Art. 5 Rn. 155, 279.

22 BVerfGE 85, 97, 104; allgemein R. Herzog, Maunz-Dürig, Art.5 Abs.1,2 Rn. 17.

23 BVerfGE 95, 173, 181; 85, 248, 256; 85, 97, 104;76, 196, 207 f; 82, 18, 26;

24 BVerfGE 32, 311, 317: Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält den grundsätzlich freien Wettbewerb der Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien. Das Verhalten der Unternehmer in diesem Wettbewerb ist Bestandteil ihrer Berufsausübung, die, soweit sie sich in erlaubten Formen bewegt, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist. (BVerfGE 53, 96, 98; 46, 120, 137). Zu selbständiger und unselbständiger Tätigkeit BVerfGE 7, 377, 398 f; 54, 301, 322. Dazu, daß die Berufs-

teressierende Werbung erfolgt weitgehend durch Selbständige. Hier wird, bei aller begrifflicher Unklarheit zwischen „Erwerbs-“, „Berufs(ausübungs)-“, „Unternehmens-“, und „Wettbewerbsfreiheit“ der Begriff der „wirtschaftlichen *Betätigungsfreiheit*“ verwandt,<sup>25</sup> weil der Gegensatz von „Sprache“ und „Tun“ so noch einmal betont werden kann und deutlich wird, daß die Werbefreiheit auch Bezüge zur Freiheit des Wettbewerbs hat<sup>26</sup> (dazu siehe unter II und IV 4). Als korrespondierender Schutzbereich wird von Art. 12 Abs. 1 GG ausgegangen. Im Unterschied zu Art. 14 GG schützt Art. 12 GG den Erwerb, und nicht das Erworbene, zu dem auch der „eingerrichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“ gehört.<sup>27</sup>

#### bb) Werbung als Bestandteil der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit

Bei der Werbung handelt es sich *grundsätzlich* um ein Element des Marketings und damit des Erwerbs. Das ist im Ansatz unstrittig<sup>28</sup> und das BVerfG hat dementsprechend Werbebeschränkungen und -verbote an der „wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit“<sup>29</sup> gemessen. Strittig ist, ob die Werbung darüber hinaus in anderen Grundrechten zu schützen ist („Koordinatennetz“) und falls man das bejaht, ob Art. 5 Abs. 1 GG dann speziell ist.

#### (1) *Schutz von Werbung in einem grundrechtlichen Koordinatennetz:*

„Folglich fällt auch jede Wirtschaftswerbung unter den Schutz des Art. 5 I GG, sofern sie sinnbildend oder informationsvermittelnd ist. Dies alles gilt prinzipiell für jede Form der wirtschaftlichen Werbung, unabhängig vom jeweiligen Produkt, für das geworben wird. Dies bedeutet, daß auch die Tabakwerbung prinzipiell den grundrechtlichen Schutz sowohl aus Art. 12 I/14 I GG bzw. Art. 2 I GG einerseits sowie den Schutz aus Art. 5 I GG andererseits genießt.“<sup>30</sup>

Dieses Zitat macht deutlich, daß der Schutz der Werbung bei der Annahme eines Koordinatennetzes von vier Grundrechten<sup>31 32</sup> in der Praxis kaum mehr

---

ausübungsfreiheit die Gewerbebefreiheit umfaßt BVerfGE 50, 290, 362 (größerer effektiver Garantiebereich für die Berufsfreiheit); BVerfGE 41, 205, 228; 22, 380, 383; 21, 261, 266. BVerfGE 86, 28, 37; 82, 209, 223.

25 Der Begriff findet sich in BVerfGE 18, 315, 327 "Marktordnung", allerdings im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG. Die Begriffe "Berufsausübung", "Freiheit wirtschaftlicher Betätigung", "Wettbewerbsfreiheit", "unternehmerische Dispositionsfreiheit" (BVerfGE 95, 173, 188 zu Art. 2 Abs. 1 GG), "Handlungsfreiheit im Bereich des Berufsrechts" (BVerfGE 95, 173, 188 zu Art. 12 GG) oder - wie im österreichischen Recht - "Erwerbsfreiheit" (siehe Ch. Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 1994, S. 5 ff) sind unklar voneinander abzugrenzen..

26 Dieser Begriff in Zusammenhang mit dem Beurteilungs- und Handlungsspielraum des Gesetzgebers verwendet auch BVerfGE 39, 210, 225; 46, 246, 256 f; 51, 193, 208; 77, 308, 332.

27 BVerfGE 88, 366, 377; 85, 360, 383; 84, 133, 157; 77, 84, 117; 38, 61, 102; 30, 292, 344 ff

28 Etwa A. Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1994, 94.

29 Nachweise bei G. Wacke, Werbeaussagen als Meinungsäußerung, in: Hamburger Festschrift für F. Schack, 1966, S. 197 ff.

30 K. H. Friauf/R. Scholz, Europarecht und Grundgesetz, 1990, S. 65 unter Berufung auf P. Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S. 95.

31 Siehe die Darstellung des Meinungsstandes anhand einer Tabakwerbungseinschränkung bei P. Lerche, Grundrechtsfragen eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots mittelbarer Werbung, 1990, S. 21 ff mit dem Prüfungsergebnis einer - vielleicht wegen der Berührung von

stringent zu ermitteln ist - vor allem wenn man die kollidierenden Rezipientenrechte (dazu siehe unter V) mitberücksichtigt. Nach hier vertretener Ansicht hat die bisherige BVerfG-Rechtsprechung mit der Zuweisung zu Art. 12 GG den Verdienst größerer Praktikabilität. Sicher gehört zum Eigentum an einem Produkt auch die Befugnis es zu vertreiben; sicher kann Werbung dazu beitragen, den „good will“ eines Unternehmens als eigentumsfähige Position zu fördern.<sup>33</sup> Wenn der Gesetzgeber Werbebeschränkungen und -verbote einführt, dann handelt es sich aber nicht um den unmittelbaren Entzug dieser Rechte. Ein Grundrecht auf Deregulierung oder Abstinenz von (weiterer) Regulierung gewährleistet weder Art. 14 noch Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>34</sup>

Die im Rahmen dieser Studie erfolgende Konzentration auf Art. 12 GG schließt nicht aus, daß im Einzelfall, wenn etwa Immaterialgüterrechte, die an der Werbung bestehen, beeinträchtigt werden, Art. 14 GG *zusätzlich* einschlägig ist. Bei der regelmäßigen Konstellation, in der eine Branche von einer Werbebeschränkung oder einem Werbeverbot betroffen ist, ist nach hier vertretener Ansicht nur der Erwerb, und damit Art. 12 GG betroffen.

- (2) **Konkurrenz von Art. 12 GG mit Art. 5 GG?** Die grundsätzliche Konzentration auf die Koordinate des Art. 12 GG beantwortet noch nicht die Frage, ob Art. 5 GG und/oder Art. 12 GG zu prüfen sind. Die bisher vorliegenden Arbeiten lassen Art. 12 GG mit einem unbefriedigenden Argument zurücktreten: nämlich der vorgeblichen *Spezialität der Kommunikations- vor der Marktverfassung*.

---

Art.2,5,12, und 14 GG - harmonisierenden Betrachtung; F.Össenbühl, Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, AÖR 115 (1990), S. 22, 24, der die Wettbewerbsfreiheit grundsätzlich Art. 12 GG zuordnen will, bei der Vertriebspolitik aber auch Art. 2 und 14 GG für maßgeblich erachtet; M.Hofmann, Staatliche Wirtschaftsregulierung und grundrechtlicher Schutz der Unternehmensfreiheit durch Art. 12 und Art. 2 Abs.1 GG BB 1995, 53, 55 m.w.N.

- 32 Jüngere Entscheidungen des BVerwG, wie die Warentest-Entscheidung (BVerwG Urt.v.7.12.1995 NJW 1996, 3161); und die Sachverständigen-Entscheidung. (BVerwGE 89, 281, 283) beschränken sich wie das BVerfG auf den Schutz in Art. 12 GG. BVerfGE 68, 193, 223 zum "Kostendämpfungsgesetz"; damit geht eine Einschränkung des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes einher (BVerfGE 58, 300, 353, das den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nur als Summe der Einzelrechte und nicht als aliud nach Art. 14 GG schützen will). Das ist auch die Linie, die sich beim BGH abzeichnet: Der BGH Urt.v.22.10.1996 GRUR 1997, 774, 778 "Stromeinspeisung II" sieht Art. 2 von Art. 12 GG als verdrängt an. Zum Verhältnis von Art.12 und Art. 14 GG zum mittelbaren Verfassungsgut ("akzidentielle Rechtsfreiheit") "Wettbewerbsfreiheit" als Ausübungsmittel von Art. 12 GG R.Scholz, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR (1968) 132,97, 106 f. Zum Verhältnis von Art. 12 und Art. 14 siehe BGHZE 111, 349, 355 ff "Kakaoverordnung" und BGH Urt.v.14.3.1996 NJW 1996, 2423, das eine Praxiserweiterung von Art. 12 GG "schützt." Wenn Beruf *und* Eigentum betroffen sind, bedarf es einer Prüfung anhand von Art. 12 *und* Art. 14 GG; M.Gubelt, Art. 12 Rn 98 m.w.N. in: I.v.Münch/Ph.Kunig, Grundgesetzkommentar, Band1, 1992, 4.Aufl.
- 33 P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S. 72 ff, 75, der die Werbung, soweit sie in den good will des Unternehmens eingeht, unmittelbar schützen will.
- 34 BVerfGE 24, 236, 251: Ein subjektives verfassungskräftiges Recht eines Geschäftsmannes auf die Erhaltung des Geschäftsumfanges und die Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten besteht in der freien Erwerbswirtschaft nicht". Anderer Ansicht Ch.Engel, Eigentumschutz für Unternehmen, AÖR 119 (1994), 171, 217, der einen Schutz vor staatlicher Verteilung der Realisierung von Chancen nach Art. 14 Abs. 1 GG bejahen will ohne allerdings die Maßstäbe anzugeben, an denen die Verfestigung der Chancen wie die Wirtschafts-, Wettbewerbs-, Sozial-, und Umweltpolitiken in concreto gemessen werden sollen.

Dieser Ansatz behauptet unter Bezugnahme auf einen Kammerbeschluß des BVerfG im Verfahren „Jacobowski“<sup>35</sup> - also einem Verfahren, *das nicht die klassische Werbung* zum Gegenstand hatte (siehe 5.Kapitel) - daß Art. 5 Abs. 1 GG Teil eines „Kommunikationsverfassungsrechts“ sei. Diese „Kommunikationsverfassung“ komme in den Art. 4, 5, 8, 9, 10 und 17 GG zum Ausdruck, und deshalb sei Werbung als Kommunikation und nicht im Rahmen der Berufsfreiheit des Art. 12 GG zu schützen. Nachdem zumindest die Gewährleistungen des Art. 4, des Art. 8, des Art. 9 GG jeweils einen sprachlich-kommunikativen wie einen betätigungsfreiheitlichen Aspekt - also eine Doppelnatur - haben

(das Bekenntnis auszuüben (vergleiche Art. 4 Abs. 3 GG); sich zur Versammlung zu begeben; eine Vereinigung auch in ihrer Organisation aufzubauen)

und Art. 12 GG nach der BVerfG-Rechtsprechung einen betätigungsfreiheitlichen *und* einen informationsfreiheitlichen Aspekt hat, überzeugt dieser Ansatz nicht:

- (3) *Informationsmodell des Art. 12 Abs. 1 GG.* Dem Wortlaut von Art. 12 GG ist dieses Modell, das sich auf die Systematik der Prüfung des Art. 12 GG gründet, nicht zu entnehmen. Wenn die Werbung eingeschränkt oder verboten wird, so handelt es sich nach der Drei-Stufen-Theorie<sup>36</sup> um einen Eingriff in die Berufsausübung. Es müssen dann „hinreichende Gründe“ den Eingriff legitimieren. Zu den hinreichenden Gründen gehören bei personalen Werbebeschränkungen (Fall VI „Arztwerbung“) die *Verfälschung des Berufsbilds*, „die einträte, wenn der Arzt Werbemethoden verwendete, wie sie in der gewerblichen Wirtschaft üblich sind (BVerfGE 33, 125, 170). Hinter diesem Zweck steht wiederum das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung (vgl. BVerfGE 71, 162, 174)“.<sup>37</sup>

Dieser Gemeinwohlbelang muß gegen das Informationsinteresse abgewogen werden:

„Der wahrheitsgemäße und sachlich gehaltene Hinweis auf mehrere tatsächlich angebotene Indikationen und auf die dabei angewandten Behandlungsmethoden läßt sich ... im Allgemeininteresse ebensowenig beanstanden wie die Angaben mehrerer rechtsförmlich erworbener fachlicher Qualifikationen; *der Hinweis liegt eher im Gegenteil im Informationsinteresse der Patienten, die sich über das Leistungsangebot konkurrierender Sanatorien informieren wollen.*“<sup>38</sup>

Das Informationsinteresse im Rahmen von Art. 12 GG ist dabei vielgestaltig: Es reicht vom *streng produktbezogenen Informationsinteresse* bei der oben angesprochenen Arzt- und Sanatoriumswerbung, über das *allgemeine Informationsinteresse*, das Rundfunkveranstalter zur Verfügungstellung von Mate-

---

35 A.Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1993, 94 f unter Bezug auf BVerfG Kammerbeschl.v.4.10.1988 NJW 1992, 1153: „daß vielfältige Meinungsäußerungen innerhalb eines ausgedehnten Teilbereichs des Wirtschaftslebens nicht mehr dem sachspezifischen Schutz des Kommunikationsverfassungsrechts unterliegen.“ Das BVerfG hat keine Bedenken, die wettbewerbsrechtliche Untersagung der wahrheitsgemäßen bzw. zumindest wahrhaftigen Sprache des Beschwerdeführers für verfassungsgemäß zu erklären.

36 BVerfGE 46, 120, 138 als Ergebnis einer strikten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezeichnet; BVerfGE 86, 12, 39 und BVerfGE 7, 377, 405 ff.

37 BVerfGE 71, 162, 174.

38 Leitsatz BVerfGE 71, 183, 194 ff; 199. Siehe zur Berücksichtigung des Informationsinteresses auch BGH Urt.vg.30.3.1989 NJW 1989, 2327 "Bioäquivalenzwerbung".

rial für Kurzberichte über sportliche und kulturelle Ereignisse an Mitbewerber<sup>39</sup> verpflichtet zum politisch motivierten Informationsinteresse über eine rechtswidrig erfolgte Vernehmung und Abhörung eines Rechtsanwalts.<sup>40</sup>

Bei aller Vielgestaltigkeit unterscheidet sich die Berücksichtigung des Informationsinteresses bei Art. 12 GG von der Meinungsfreiheit dadurch, daß die Gerichte eine Bewertung derjenigen Informationen und Meinungen vornehmen, die für das Allgemeininteresse nach ihrem Erachten dienlich sind. Es ist deswegen die Vermutung begründet, daß der meinungsfreiheitliche Schutz von Werbung deswegen gefordert wird, um dieser ganzheitlichen und praxisnahen Utilitarisierung auszuweichen. Diese Selektion des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs muß aber nicht in einem größeren effektiven Garantiebereich für die Werbung münden:

c) *Öffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs und die Aufgabe der Ermittlung des effektiven Garantiebereichs*

So gibt es vor allem in der wettbewerbsrechtlichen Literatur Ansichten, die annehmen, daß der effektive Garantiebereich des meinungs- und betätigungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung identisch sein werden.<sup>41</sup> Es ist die Aufgabe dieses Kapitels, die unterschiedlichen wie ähnlichen effektiven Garantiebereiche des meinungs- und betätigungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung tiefer zu profilieren. Die tatsächliche Ähnlichkeit der Werbung als Element der nicht-kommerziellen wie der kommerziellen Sprache kann dabei ebenso unterstellt werden, wie die Unterschiedlichkeit der einfachrechtlichen Beschränkung und Steuerung von kommerzieller und nicht-kommerzieller Werbung (3.Kapitel I 4 c).

aa) *Tatsächliche Ähnlichkeit von Werbung und nicht-kommerzieller Sprache*

In tatsächlicher Hinsicht ist die nicht-kommerzielle Sprache in ihrem Erscheinungsbild oft nicht von der kommerziellen Sprache zu unterscheiden. Sie bedient sich zumindest auch *der* Werbemittel und -träger, deren sich die Werbung bedient. Beispiele sind

- eine Sympathiewerbung für den Arzt Prof. Dr. Klümper, die von Freunden und Patienten geschaltet wurde, um dem Doping-Verdacht gegen diesen Arzt öffentlich entgegenzutreten;<sup>42</sup>

---

39 BVerfG Urt.v.24.9.1998 EuGRZ 1998, 36, 49.

40 BVerfG Beschl.v.14.7.1987 NJW 1988, 194.

41 G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 272- 276; V.Jänich

42 Zuletzt angeblich sogar ohne Kenntnis vor Prof. Dr. Klümper ; FAZ v.22.11.1997, S. 40 "Für Professor Klümper" und FAZ v. 24.1.1998, S. 16 "Patienten für Professor Klümper", bei der nur die letzte Anzeige als "Anzeige" überschrieben ist. Siehe auch den irischen Fall, in dem eine Gewerkschaft eine Anzeige verbreiten wollte, die zur Arbeitnehmerpolitik einer Ladenkette Stellung nimmt. Die Ladenkette wollte unter Berufung auf die Vorschriften über "irreführende Werbung" ein Veröffentlichungsverbot erreichen. Der irische Supreme Court (Urt.v.19.1.1996) lehnte die Eigenschaft als "Werbung" ab, weil die Anzeige nicht

- eine Anzeige, die die Abgeordneten des Bundestags aufrief, für ein Nichtrauchererschutzgesetz zu stimmen;<sup>43 44</sup>
- eine Anzeige, die von Anwaltskammern verfaßt wurde, und in der sie die Abgeordneten des Bundestags dazu aufriefen, nicht für den "großen Lauschangriff" zu stimmen.

Bei allen Anzeigen sind wirtschaftliche Interessen berührt. Beim ersten Beispiel geht es um die (wirtschaftliche) Zukunft des Arztes und um die (wirtschaftliche) Zukunft der für die "Arztwerbung" verantwortlich zeichnenden Sportler-Patienten.<sup>45</sup> Beim zweiten und dritten Beispiel stehen die Absatzchancen für Tabak und der - durchaus geldwerte<sup>46</sup> - Vorteil für Anwaltskanzleien zum *numerus clausus* der abhörfreien Exklaven zu gehören, auf dem Spiel.

Es handelt sich vermutlich eher um zweitrangige Motive für diese Aufrufe; diese Beispiele werden deshalb *in einer verfassungsrechtlicher Sicht den "Meinungen"*<sup>47</sup> (hier: "nicht-kommerzielle Sprache") zugerechnet, weil das Verfassungsrecht auf das *vorrangige* Motiv abstellt.<sup>48</sup>

Diese Beispiele unterscheiden sich aber allenfalls graduell von der geschilderten Totalwerbung mit "Politikerschelte" (1.Kapitel II 1 unter (2)), bei der ein Unternehmer die Investition von DM 500 000,- für den Umbau der Bar des Bundestags beklagt. Das *äußere Erscheinungsbild* der Anzeigen ist vergleichbar und im *Inhalt* besteht nur in der Nuance des Tons der "Politikerschelte" wie der Allgemeinheit der politischen Kritik (gegenüber der Kritik an konkreten Gesetzgebungsvorhaben) ein Unterschied. In ihrer *Zielrichtung* unterscheiden sich die Anzeigen zu den Gesetzgebungsvorhaben für den (Nicht-)Raucherschutz im Vergleich zu Fall I ("Ölverschmutzte Ente") nur durch ihre Konkretion und den Sachbezug - Schutz der gesundheitlichen und persönlichen Integrität statt Umwelt- und Tierschutz.

---

dem Absatz von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen diene (GRUR Int. 1997, 1012 f).

43 FAZ v.3.2.1998 S. 4.

44 Kommerzielle Sprache ist inzwischen Vorbild und Maßstab für staatliche Sprache. Dies verdeutlichen nicht nur Aufklärungskampagnen (wie die des Bundesgesundheitsamts über Aids, die werbespotartig gestaltet sind) oder Werbekampagnen der Bundeswehr (R.Stettner, Ist es zulässig, TV-Spots der Bundeswehr in den Werbeblöcken öffentlich-rechtlicher oder privater Programme zu schalten? ZUM 1995, 559) sondern auch die forcierten Public Relations des Bundespresseamtes, das Journalisten die Lancierung bestimmter Themen auf dem Nachrichtenmarkt unter *deren* Namen vergütet oder Kochbücher, die von Politikern mit karitativer Intention verfaßt werden und von deren Verfügbarkeit der Fernsehzuschauer unter lobender Angabe des Verlages im "Programm" erfährt (ARD, 13.2.1996, 23Uhr "Boulevard Bio" in einem Interview mit Frau Hannelore Kohl).

45 Weil deren Werbewert sinkt, wenn sie sich von einem Dopingarzt behandeln lassen.

46 Insbesondere dann, wenn andere Lokalitäten abgehört werden dürfen.

47 Siehe dazu 2.Kapitel

48 BVerfGE 7, 198, 212, 215 f "Lüth"; BVerfGE 30, 336, 352 "Sonnenfreunde", BVerfGE 68, 226, 233 "Schwarzer Sheriff".

Bei Fall I ("Ölverschmutzte Ente") wird deshalb von der Literatur bemängelt, daß die Frage, ob es Benetton vorrangig um den Umweltschutz oder um den kommerziellen Erfolg ging, nicht befriedigend geklärt sei.<sup>49</sup>

An dieser Stelle ist es ausreichend, festhalten zu können, daß es Ähnlichkeiten zwischen kommerzieller Sprache und "Meinungen" gibt; es ist Aufgabe der Rechtsprechung, entweder Differenzierungskriterien zu entwickeln oder kommerzielle Sprache als "Meinung" (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG) oder als "wirtschaftliche Betätigung" (Art. 12 Abs. 1 GG) zu schützen.<sup>50</sup>

bb) Rechtstatsächliche Unterschiede von kommerzieller und nicht kommerzieller Sprache in einer "einfachgesetzlichen" Perspektive

Die rechtliche Behandlung von kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache unterscheidet sich in der einfachgesetzlichen Rechtspraxis vor allem hinsichtlich der Anforderungen

- an die *formale Sachlichkeit und inhaltliche Substantiierung* von Werbung<sup>51</sup>,
- *an die inhaltliche Wahrheit von Werbung* beziehungsweise den Schutz der Rezipienten vor Irreführung (§§ 3,1 UWG)<sup>52</sup>
- an die *Bezugnahme auf den Mitbewerber und seine Produkte* ("vergleichende Werbung")<sup>53</sup> und
- an den *Schutz der Rezipientenrechte bei aufgedrängter Werbung*.<sup>54</sup>

So ist der "Meinungsmarkt", auf dem sich kommerzielle Sprache bewegt (3. Kapitel I 4 c)), von oktroyierten Substantiierungs-, Warn- und Hinweispflichten und von Selbstbeschränkung<sup>55</sup> geprägt. Das sind alles Maßgaben, die mit dem (bisherigen) Verständnis von Meinungsfreiheit unvereinbar sind. Sie widersprechen dem *Ideal*, daß jede, auch die subjektivste und schockierende "Wahrheit" geäußert werden darf und daß niemand gezwungen wird, Mindestangaben über sein

---

49 Hoffmann-Riehm, Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1, 3.

50 Wie schnell die Wertungen zu kommerzieller Sprache auf andere Sprachformen jedenfalls in der Praxis übertragen werden, zeigen die Beanstandungen von Pop-Songs, die über Drogenerfahrungen berichten durch den Internationalen Drogenkontrollrat, FAZ v. 25.2.1998, S. 1; siehe auch die Aufforderung einer "Internationalen Kampagne gegen Kinderprostitution", die Fluggesellschaften aufgefordert hat, auf Werbung mit Kindern bei Fernreisen (insbesondere unter dem Hinweis "unberührte Inseln") zu verzichten: Nürnberger Nachrichten v.13.4.1992, S. 18.

51 3.Kapitel I 4 b); d).

52 3.Kapitel I 4 h); V 5.

53 Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.10.1997 ABl Nr. L 290/18.

54 Dazu siehe unter V.

55 Siehe dazu auch den Entwurf einer *DIN Norm* v. November 1996 (Ref. E Din 33927: 1996-1) zur Verwendung von Produkt-Ökobilanzen in Marketing, Werbung und Öffentlichkeitsarbeit.

Tun zu machen.<sup>56</sup> Die Freiheit der Meinungsäußerung ist bisher *grundsätzlich* ein Recht auf Irrtum.<sup>57</sup> Nur *bewußt* unwahre Tatsachenbehauptungen fallen nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.<sup>58</sup> Dem Staat als potentiellen Gegenstand der Kritik will man das Recht abschneiden, patriarchalisch die (vermeintlichen) Irrtümer seiner Untertanen zu beurteilen. Es herrscht ein Markt der Ideen, und theoretisch sind Rede und Gegenrede die Voraussetzungen individueller Meinungsoptimierung wie Informationsselektion.

Bei der kommerziellen Sprache erfüllt der Staat demgegenüber einen weitgehend selbsterteilten Schutzauftrag<sup>59</sup> gegenüber der Allgemeinheit, den Verbrauchern/Rezipienten und den Mitbewerbern, die durch (irreführende) Werbung gestört, getäuscht und/oder geschädigt werden. Der Schutz dieser Interessen führt bisher dazu, daß kommerzielle Sprache viel weitergehend beschränkt wird als nicht-kommerzielle Sprache.

### 3. *Vorgehensweise*

#### a) *Beschränkung des Untersuchungsumfangs auf die Konkurrenzsituation zwischen Meinungs- und Betätigungsfreiheit*

Bei der Werbung können - wie bereits geschildert - Koordinatennetze aus Art. 12, 14 und 2 GG bestehen. Bereits oben wurde die Konzentration auf Art. 12 GG als Garantie der *Erwerbsfreiheit*, und nicht der in Einzelfällen bestehenden Eigentumsrechte an der Werbung - des Erworbenen - dargelegt. Das Koordinatennetz müßte vielleicht um ein weiteres Grundrecht ergänzt werden, nämlich die Freiheit der Kunst. Eindeutig ist zunächst, daß die Entscheidung des BGH in Fall I („Ölverschmutzte Ente“) nicht überzeugend ist:

„Art.5 Abs.3 GG schützt nämlich nicht den (*zweckwidrigen*) Einsatz von *Kunst zur Mißachtung der gesetzlichen Ordnungsvorschriften in der Absicht, daraus einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen*“.<sup>60</sup>

Es mag Gegenstand der Prüfung des effektiven Garantiebereichs der Kunst sein, ob künstlerische Werbung im Rahmen der Interessenabwägung des § 1 UWG anders als etwa die Werbung mit Preislisten zu beurteilen ist. Der Schutzbereich von

---

56 Vergleiche dagegen die vielfältigen Verpflichtungen zu Inhaltsangaben im Lebensmittel-etikettierungsrecht C.Grobe, Verbraucherschutz durch Lebensmittelkennzeichnung? 1997, S. 5 ff.

57 Zu den Anforderungen an den Wahrheitsgehalt von Tatsachen und an den Schutz vor einer Irreführung des Rezipienten siehe 3.Kapitel I 4 c und h).

58 BVerfGE 90, 1,15 "Wahrheit für Deutschland"; BVerfGE 61, 1,7 "NPD Europas"; BVerfGE 85,1,15 "Bayer Aktionäre" lehnt die Eröffnung des Schutzbereichs auch für erwiesene unwahre Tatsachenbehauptungen ab. Ein Fall, in dem das BVerfG die Trennungsschärfe von Werturteil und Tatsachenbehauptung nicht mehr begründen konnte BVerfGE 94, 1,10 "DGHS".

59 Das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs.1, 28 Abs. 1 GG) und die Schutzpflichten der Grundrechte verpflichten grundsätzlich nicht zu einem so restriktiven Werbebeschränkungsrecht;

60 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2488, 2490 "Ölverschmutzte Ente".

Kunst ist evident weiter als die künstlerisch-hypothetische „Zweckvorstellung“ eines obersten Wettbewerbsgerichts.

aa) Begriff: Kunst

Das gilt insbesondere deshalb, weil die Verfassung nicht erklärt, was Kunst ist, und demzufolge die Feststellung der „Zweckwidrigkeit“ des Einsatzes von Kunst durch die Rechtsprechung (in dieser Kürze) nicht überzeugt. Das BVerfG ist hier wesentlich zurückhaltender als der BGH, wenn es bereits die definitorische Unsicherheit einräumt:

„Die Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, entbindet ... nicht von der verfassungsrechtlichen Pflicht, die Freiheit des Lebensbereichs Kunst zu schützen, also bei der konkreten Rechtsanwendung zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vorliegen“<sup>61</sup>

Sein Versuch lautet:

„Das Wesentliche an der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu *unmittelbarer Anschauung* gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar *unmittelbarster Ausdruck* der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.“<sup>62</sup>

Man könnte in Fall I und IIa („Ölverschmutzte Ente“; „HIV-Positive“) - anders als der BGH - bereits daran zweifeln, ob der *unmittelbare Ausdruck der Persönlichkeit* eines nicht genannten oder ersichtlichen Künstlers vorliegt.

bb) Werbung für die Kunst als Bestandteil des Wirkbereichs

Es gibt indes in der Werbewirtschaft einschlägige Beispiele, in denen der Künstler identifizierbar ist:

So in dem Film „Feuer, Eis und Dynamit“ von Willi Bogner (3.Kapitel V 7) und etwa der Anzeige der Frankfurter Allgemeine Zeitung „Dahinter steckt immer ein kluger Kopf“, die den Maler Jörg Immendorf in seinem Atelier mit seinen Bildern zeigt. Das Plakat zu dieser Anzeige (vergrößert und mit der Signatur des Künstlers) wurde auf einer Kunstmesse 1997 in Berlin immerhin für über DM 1000,- angeboten.

Das steigende Selbstbewußtsein der Autoren/Künstler läßt sich nicht nur an der Nennung der Agenturen auf den Werbeanzeigen ablesen sondern läßt in Zukunft auch die Nennung der Photographen und/oder Künstler erwarten. Es steht deshalb zu erwarten, daß die Besonderheit der Werbung, *die Kunst bisher zur Effektivierung der Kommunikationspolitik eines anderen Kommunikators als des Künstlers einsetzt*, in Zukunft die „gleichberechtigte“ Nennung des Künstlers als Co-Kommunikator enthält.

---

61 BVerfGE 67, 213, 225; ähnlich BVerfGE 30, 173, 189; zum Verbot einer Bewertung und Inhaltskontrolle von Kunst BVerfGE 75, 369, 377.

62 BVerfGE 30, 173, 188 f; 67, 213, 224; 75, 369, 376.

***Die Werbung für das Produkt verbindet sich so mit der Werbung für die Kunst.***

Allein aufgrund der Tatsache, daß sich die Kunst mit einem Produkt in der Werbung identifiziert, läßt sich das Potential von Kunst, das Art. 5 Abs. 3 GG schützt, nicht verneinen.

In der BVerfG-Rechtsprechung ist anerkannt, daß auch ***die Werbung für Kunst*** dem Schutzbereich unterfällt; allerdings „nur“ dem sogenannten und leichter einschränkbareren Wirkbereich:<sup>63</sup>

„Die Kunstfreiheitsgarantie betrifft in gleicher Weise den „Werkbereich“ und den „Wirkbereich des künstlerischen Schaffens“. Beide Bereiche bilden eine Einheit. Nicht nur die künstlerische Betätigung (Werkbereich), sondern darüber hinaus auch die Begegnung mit dem Werk als eines ebenfalls kunstspezifischen Vorganges; dieser „Wirkbereich“, in dem die Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird, ist der Boden, auf dem die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG vor allem erwachsen ist. Allein schon der Rückblick auf das nationalsozialistische Regime und seine Kunstpolitik zeigt, daß die Gewährleistung der individuellen Rechte des Künstlers nicht ausreicht, die Freiheit der Kunst zu sichern. ***Ohne eine Erstreckung des personalen Geltungsbereichs der Kunstfreiheitsgarantie auf den Wirkbereich des Kunstwerks würde das Grundrecht weitgehend leerlaufen.***“<sup>64</sup>

cc) Werbung als Verbreitung von Kunst

Dieser Wirkbereich erstreckt sich aber nicht nur auf die Werbung, die die Kunst gegebenenfalls im Zusammenwirken mit der Werbewirtschaft betreibt, sondern auch auf diejenigen Multiplikatoren, die die Kunst verbreiten.

Bisher sind das etwa die Buchverlage oder die Schallplattenhersteller.<sup>65</sup>

In Analogie zu diesen Beispielen wäre denkbar, daß Werbung, die dazu dient, Kunst zu verbreiten, deshalb selbst kunstfreiheitlich zu schützen wäre. Diese Erwägung ist nicht unplausibel, wenn in einer kommerzialisierten Welt der Bilderfluten Kunst auf diese Multiplikation in den Massenmedien angewiesen wäre.

Das BVerfG<sup>66</sup> vertritt - auch wegen der Schranke des Art. 5 Abs. 2 und der Nichtexistenz einer grammatischen Schranke in Art. 5 Abs. 3 GG - die Spezialität der Kunst gegenüber der Meinungsfreiheit und lehnt deshalb eine Übertragung der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG auf Art. 5 Abs. 3 GG ab. Der Preis, den das BVerfG hier zahlen muß, ist die Konstruktion und Ermittlung immanenter Schranken der Kunstfreiheit. In der Literatur wird entweder eine Übertragung der Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG auf die Kunstfreiheit vorgeschlagen<sup>67</sup> oder eine -

63 BVerfGE 77, 240, 252 ff. Nach hier vertretener Ansicht müßte es sich bei Warhols Suppendosen um den Werkbereich handeln, weil die Auseinandersetzung mit der kommerziellen Verbreitung und Schönheit der Dosen Bestandteil des unmittelbaren künstlerischen Ausdrucks ist.

64 BVerfGE 30, 173, 189; 36, 321, 331; 67, 213, 224; 81, 278, 292.

65 BVerfGE 81, 278, 292; 36, 321, 331 und BVerfGE 30, 173, 191.

66 BVerfGE 75, 369, 377; 67, 213, 222; 32, 52, 70 f; 30, 173, 200.

67 Anderer Meinung J.Ipsen, Staatsrecht II, 1997, Rn. 491, der auf der Tatbestandsebene eine Abwägung nach dem Übergewicht von Kunst und Meinung treffen will. Ähnlich für eine Anwendung von Art. 5 Abs. 2 GG auf die Kunstfreiheit K.H.Ladeur, Alternativkommentar, 1989, Art. 5 Abs. 3 Rn. 13.

für die hier geschilderten Fälle überzeugende - Zuweisung an die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, wenn die Kunst für Meinungen instrumentalisiert wird. Die „Meinung“ für die Kunst hier instrumentalisiert wird, ist der Appell „Kauf mich“.

dd) Kunst und das Informationsmodell des Art. 12 Abs. 1 GG

Die Fragen der Authentizität von Kunst in/oder mit der Werbung und die Plausibilität des Vermischungsarguments spiegeln die Diskussion bei der Meinungsfreiheit wieder. Diese Studie beschränkt sich auf die Darstellung der strukturellen Konkurrenz von Art. 5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG und begnügt sich damit, darauf hinzuweisen, daß Befürworter eines meinungs- und/oder kommunikationsfreiheitlichen Schutzes der Werbung dieses binnensystematische Problem des Art. 5 GG zumindest für Einzelfälle lösen müssen.

In Fall I („Ölverschmutzte Ente“) fehlt es nach hier vertretener Ansicht am Ausdruck der Persönlichkeit „eines“ identifizierbaren Künstlers. Es sind Fälle denkbar,<sup>68</sup> in denen die Kunst sich mit der Werbung vermischt, und dann muß - wie bei der werblichen Meinung - eine Prüfung des werblichen Charakters von verfassungsrechtlich geschützter Kunst erfolgen.

Das hier zugrundegelegte Informationsmodell des Art. 12 GG verlangt eine solche Differenzierung *nicht*. Es mag sein, daß künstlerische Werbung von einem Teil der Rezipienten geschätzt wird; es gibt aber genauso Rezipienten, die eher informative Preislisten oder die Aufklärung über die Produkteigenschaften schätzen (positives Rezipienteninteresse). Das Interesse an der Transparenz des Marktes und der Information der Nachfrager<sup>69</sup> bestimmt nach hier vertretener Ansicht das Allgemeininteresse und damit *das* Informationsmodell bei der Werbung der *Anbieter*<sup>70</sup>, das Art. 12 Abs. 1 GG zugrundeliegt.

Die Werbung mit der Kunst mag eine absatzfördernde Wirkung haben und so vom betätigungsfreiheitlichen Schutzbereich umfaßt sein. Die Bekanntmachung der Rezipienten der Werbung mit der Kunst oder die Verbreitung von Kunst stellen aus der Perspektive des Art. 12 GG aber keinen Allgemeinwohlbelang dar, der eine besondere und privilegierte Beurteilung künstlerischer Werbung gegenüber anderer Werbung rechtfertigt. Aus der Sicht des Art. 12 GG ist es *nicht positiv zu bewerten*, daß „ruhrgas mit den Bildern von Gauguin“ wirbt. Die Markttransparenz und das Interesse an preisgünstigen und möglichst guten Produkten werden durch solche kostenträchtigen und suggestiven Werbungen eher<sup>71</sup> beeinträchtigt.

---

68 Siehe die Werbung mit der "bewährten Partnerschaft" mit dem Museum Folkwang und die Ausstellung von Bildern Gauguins unter Angabe der Öffnungszeiten und Adressen des Gesponserten (Die Zeit magazin 1998, Nr. 31, S.5) und 3.Kapitel III).

69 Siehe zur Allokationsfunktion der Nachfrage 3.Kapitel I 4.

70 Jedenfalls soweit es sich um die Anbieter von "gewöhnlichen Produkten" handelt. Man könnte erwägen, bei der Werbung für Produkte die eine größere Affinität zur Kunst haben, wie etwa bei Kulturprogrammen eines Rundfunkveranstalters, ein größeres Informationsinteresse an den Schwerpunkten des Programms zu bejahen.

71 Es handelt sich nur um pauschale Annahmen; es ist vorstellbar, daß eine Werbung mit Kunst(sponsoring) nicht teurer, wohl aber was den Aufmerksamkeits- und Sympathiewert betrifft, effektiver und damit kostengünstiger als andere produktzentrierte Werbungen ist. Dieser mikroökonomischen Betrachtung steht die makroökonomische Allgemeinwohl-

Dieses wirtschaftspolitische Informationsmodell des Art. 12 GG verbietet nach hier vertretener Ansicht den Rückgriff auf Art. 5 Abs. 3 GG .

b) *Konzentration auf den effektiven Garantiebereich eines meinungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung*

Die Konsequenz, die diese Studie aus der Offenheit des „Meinungsbegriffs“ und/oder des Ergebnisses einer teleologischen Auslegung von Art. 5 Abs. 1 GG als einheitlichem Kommunikations- oder Informationsfreiheitsrecht (dazu siehe unter III 2) zieht, ist die Konzentration auf den effektiven Garantiebereich der (werblichen) „Meinungsfreiheit“. Sie versucht Prinzipien der rechtlichen Beurteilung meinungsfreiheitlich geschützter, nicht-kommerzieller Sprache zu ermitteln, die bei einer Übertragung auf die kommerzielle Sprache - insbesondere die Werbung - überprüfungs- oder revisionsbedürftig erscheinen. Sie versucht so die Fragen zu strukturieren, die eine werbliche „Meinungsfreiheit“ zu beantworten hat. Mittelbar soll - ohne daß die Verfassung nach dem einfachen Gesetz ausgelegt wird - die These dieser Studie belegt werden, daß die Kommunikationspolitik - insbesondere die Werbung - auch verfassungsrechtlich in das in Art. 12 GG geschützte Marketing-Mix<sup>72</sup> eingebunden bleiben sollte.

c) *Ergebnisoffenheit gegenüber den Entwicklungstendenzen zu einer Verengung der Handlungs- und Beurteilungsspielräume des Gesetzgebers bei der Wirtschaftslenkung*

Weder *die staatliche* Wirtschaftspolitik noch *eine* Wirtschaftsverfassung sind im Grundgesetz im Sinne eines geschlossenen, in sich ruhenden Systems festgelegt. Das „System“ ist günstigstenfalls durch *die* Offenheit und Flexibilität gekennzeichnet, die die punktuelle Verankerung von wirtschaftsrelevanten Freiheiten in der Trias der Art. 2, 12 und 14 GG in Verbindung mit der Anerkennung mittelbarer Grundrechtseingriffe<sup>73</sup> und der Zuerkennung von Beurteilungs- und Handlungsspielräumen zu leisten vermögen. Ähnlich offen ist das verfassungsrechtliche Kommunikationsrecht in Art. 5 Abs. 1 GG, das grammatisch und teleologisch bis zu einem Informationsfreiheitsrecht - *free flow of information* - durch die Literatur extensiviert wird (dazu siehe unter III 2). Letztendlich handelt es sich deswegen um eine verfassungspolitische Frage, ob Werbung unter die „Meinung“ oder die „Information“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG subsumiert

---

betrachtung des Art. 12 GG gegenüber: die Information über das Produkt wird nicht gemehrt und die Kultur(sponsoring)werbung eines Mitbewerbers verpflichtet andere zu noch größeren und produktverteuernden Werbeausgaben.

72 Im Ergebnis ebenso, ohne das Marketing-Mix zu nennen, R.Breuer, Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 1989, §147, Rn. 63, unter Bezug auf BVerfGE 9, 213, 221 f; 17, , 269, 276; 30, 336, 350; 32, 311, 317; 36, 47, 36; 40, 371, 382; 46, 120, 137 f; 53, 135, 143; 59, 96, f; 59, 229 ff; 60, 215, 229 f. Vor allem wenn man neuere Literaturansichten berücksichtigt, die die Kontrahierungspolitik, also insbesondere die Vertragsfreiheit in Art. 12 GG - und nicht mehr in Art. 2 Abs. 1 GG - schützen wollen.

73 BVerfGE 13, 230, 232 "Ladenschluß".

wird. Vielleicht weisen die Argumente für den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung in die Zukunft einer stärkeren Überprüfung staatlicher Wirtschaftspolitik, -ordnung und -lenkung.

Die Frage, ob alle Branchen zur öffentlichen Meinung durch Werbung beitragen dürfen, und welchen Anforderungen diese Werbung genügen muß, erscheint von so grundsätzlicher Bedeutung, daß die Verbindung zu diesem großen Ganzen angenommen werden kann.<sup>74</sup>

Diese Studie will die Frage, ob die werbliche Meinungs- oder Informationsfreiheit ein *Baustein* der Wirtschaftsverfassung oder ein Instrument der Einengung der *wirtschaftspolitischen Gestaltungsfreiheit*<sup>75</sup> des Staates sein soll, deshalb nicht endgültig beantworten. Wesentlicher als die Frage der Subsumtion des Schutzbereichs ist die Detailarbeit im effektiven Garantiebereich. Diesem nähert sich die Studie wie folgt:

d) *Struktur der Untersuchung*

Im Rahmen dieses Kapitels soll den Fragen nach dem „Ob, Wo und Wieweit“ des verfassungsrechtlichen Schutzes der Werbefreiheit nachgegangen werden.

(1) *“Ob“*. Das „Ob“ eines verfassungsrechtlichen Schutzes der Werbung ist im Ergebnis unstrittig. Zumindest im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (Art.12 Abs.1 GG), der Eigentumsgewährleistung (Art.14 Abs.1 GG) oder einer allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (Art.2 Abs.1 GG) ist die Werbung in Literatur und Rechtsprechung einhellig auch in der Vergangenheit als geschützt angesehen worden.<sup>76</sup> Die historische Perspektive wird kurz geschildert werden, weil sie die Nähe von Werbung zu einer bestimmten Idee einer Marktordnung verdeutlicht.

(2) *“Wo“*. Mit der Bejahung *eines* verfassungsrechtlichen Schutzes von Werbung stellt sich die weitere Frage, „wo“ Werbung geschützt werden sollte; insbesondere, ob Werbung des Schutzes von Art. 5 Abs. 1 S.1 1.Alt. GG teilhaftig werden soll. Hier ist der Diskussionsstand durch Kontroversen in der Literatur, durch die inzwischen gefestigte Rechtsprechung des BGH und durch das Fehlen einer Senatsentscheidung des BVerfG geprägt. In seiner bisherigen

---

74 Ähnlich der Meinungsfreiheit im politisch-gesellschaftlichen Bereich soll es dem Staat versagt bleiben, sein Wirtschaftsleben ohne oder mit beschränkter kommerzieller Werbung zu gestalten. Freiheitliche Kommunikation müsse die Regel sein, und dürfe nicht zur Ausnahme degradiert werden. (K.v.Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, 1971, S. 202, 121).

75 Zur Gestaltungsfreiheit bei wirtschaftsordnenden und -lenkenden Maßnahmen BVerfGE 39, 210, 231.

76 A. Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1993, S. 74 und A. Bleckmann, Staatsrecht, 2. Band, 1989, § 6 III; BVerwGE 35, 326, 332 "Nachtlokal"; BVerwGE 2, 172, 178 ff; BVerwG DÖV 1954, 362.

Rechtsprechung<sup>77</sup> *erwähnt* das BVerfG bei werbungsrelevanten Sachverhalten die in Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt GG geschützte Meinungsfreiheit, *stützt* aber seine Entscheidungen auf die Prüfung anderer Grundrechte (wie z.B. Art. 12 Abs. 1 S.1 GG). Ein Sachverhalt, in dem eine Werbung verfassungskonform nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG eingeschränkt werden kann, diese Einschränkung einer Prüfung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG aber nicht standhält oder umgekehrt, hat dem BVerfG bisher nicht vorgelegen - und es deshalb auch nicht gezwungen zum qualitativen Unterschied des Schutzes von Werbung als Meinung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1.Alt. GG) oder als Bestandteil der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) konkret Stellung zu nehmen. Zum Teil wird bestritten daß es eine solche Fallgestaltung gibt,<sup>78</sup> weil - in der Terminologie dieser Arbeit - die effektiven Garantiebereiche für die Werbung nach Art. 5 und 12 GG identisch seien. Wenn diesen Meinungen beizupflichten ist, dann hat die These vom Schutz der Werbung als Meinung Bedeutung

77 BVerfGE 95, 173, 181 f „Tabaketikettierung“: Die Verpflichtung zu Warnhinweisen betrifft Produzenten und Händler beim Vertrieb ihrer Waren, nicht bei der Teilnahme am Prozeß der Meinungsäußerung und Meinungsverbreitung. Deshalb ist die Kennzeichnungspflicht am Maßstab der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und nicht der Meinungsfreiheit zu messen“; BVerfGE 94, 372, 389 „Apothekenwerbung“: *„Staatliche Maßnahmen, die geschäftliche oder berufliche Werbung beschränken, sind Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung“*. Einen Meinungscharakter von Werbung deuten an: BVerfGE 85, 248, 262 "Hackethal" zur Mitwirkung an der Berichterstattung der Presse und BVerfGE 71, 162, 175 "Frischzellen"; BVerfGE 68, 226, 233 f "Schwarzer Sheriff" zum Vertrieb von Ansichtskarten; BVerfGE 30, 336, 352 "Sonnenfreunde" für Presseerzeugnisse von Nudisten. Vor allem die Rechtsprechung zu freien Berufen wie den Apothekern und den Rechtsanwälten ist hier eindeutig; für die Apotheker BVerfGE 94, 372, 395, 397, 399; 60. 215, 232; 32, 311, 317; 26, 186, 204; 17, 232, 241, 9, 213, 222) wir auch zur Werbung für Anwälte vor allem BVerfG Beschl.v.14.7.1987 NJW 1988, 194, 196 "anwaltliche Selbstanzeige"; BVerfGE 71, 162, 175 "Ärztewerbung-Frischzellen", wo Art. 12 und 5 GG nebeneinander geprüft werden. BVerfG Ur. v.11.2.1992 EuGRZ 1992, 144, 147 "Hacketal" für eine eingehende Prüfung von Art. 12 GG und eine vergleichsweise kurze Prüfung anhand von Art. 5 GG. BVerfGE 30, 336, 350 "GjS", wo Art.5 und Art. 12 GG nebeneinander geprüft werden. BVerfG Kammerbeschl.v.15.11.1995 NJW 1995, 712, wo bei der Werbung mit Tätigkeitsschwerpunkten eines Rechtsanwalts nur auf Art. 12 GG abgestellt wird; so auch etwa BVerfG Kammerbeschl.v.5.12.1994 NJW 1995, 775; In BVerfGE 40, 371, 384 "Werbefahrten im Straßenverkehr" lehnte das Gericht bei der Wirtschaftswerbung eine Prüfung von Art.5 GG ab, stützt sich auf Art. 12 GG und hielt eine Prüfung von Art.3, 14 GG für entbehrlich. Eine ähnliche Bewertung der bisherigen Rechtsprechung findet sich bei D.Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, Köln, 1994, S.49.

78 J.Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S.407 "wesentlich ist, daß Funktion und Bedeutung von Werbung zutreffend erfaßt und danach ihre Wertigkeit richtig beurteilt wird; ob das bei Art.5 I 1 geschieht oder bei Art.12 I GG oder bei beiden, ist ziemlich nebensächlich. Siehe auch S.427 für die nichtberufliche Werbung und das Verhältnis von Art.2 und 5 GG und wo auch für die Wirtschaftswerbung bemängelt wird, daß die praktische Relevanz eines meinungsfreiheitlichen Werbungsschutzes nicht durch Fallbeispiele belegt wird. Ähnlich im Ergebnis V.Jänich, Überhöhte Verbotsstandards im UWG, 1993, S. 95 für die Identität der Anforderungen von Art. 5 und 12 GG bei der Feststellung von Irreführungstatbeständen (§ 3 UWG). W.Berg, Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, 1968, S. 5, der ohne weitere Begründung behauptet, daß es praktisch keinen Unterschied mache, "ob jemand sich gleichzeitig auf Verwertung seines Eigentums, Berufsausübung oder Meinungsfreiheit berufen kann.

für den *Weg* zum Ziel. Für das *Ergebnis* einer verfassungsrechtlichen Prüfung - den effektiven Garantiebereich - hätte der Schutz von Werbung in Art. 5 Abs. 1 GG keine Auswirkungen. Es bedarf also der Überprüfung beider Schutz- und Garantiebereiche; es ist dann eine Frage der Detailprüfung, inwieweit Art. 5 GG andere Beurteilungskriterien für die Werbung enthält als Art. 12 GG.

Ein Beispiel dafür ist nach hier vertretener Ansicht Fall I („Ölverschmutzte Ente“). Man kann argumentieren, daß das Bild der Ente eine Meinung von Benetton zum Ausdruck bringt und diese Meinung verletzt - selbst wenn man einen beschränkten effektiven Garantiebereich der kommerziellen gegenüber der nicht-kommerziellen Sprache annimmt - weder den Ehr- noch den Jugendschutz noch ersichtlich andere negative Rezipienteninteressen. Meinungsfreiheitlich kann Fall I nach hier vertretener Ansicht nicht beanstandet werden.<sup>79</sup> Aus der Perspektive von Art. 12 GG kann diese Werbung mit Gründen beanstandet werden: Sie informiert nicht über das Produkt. Sie gibt vor, daß Benetton-Bekleidung etwas mit Umweltschutz zu tun hat - ohne daß überhaupt geklärt wird, wie das Umweltengagement von Benetton bei *seinen Produkten* (ökologische Landwirtschaft; Verzicht auf Pestizideinsatz beim Baumwollanbau, Verwendung von katalysatorbetriebenen Autos für den Transport der Ware (wenn nicht die Bahn gewählt wird), Verwendung recyclingfähiger Verpackungsmaterialien, Energiemanagement in den Herstellungsbetrieben ...) zu bewerten ist. Bei den Produkten fehlt in den Läden und am Produkt auffälligerweise der Hinweis auf diese Herkunft der Waren. Die Produkte sprechen also eine andere Sprache als die Werbung. Gerade bei solchen Unternehmen entsteht der Verdacht des „free rider“, des Trittbrettfahrers einer Ökobewegung. Diesem Argument könnte man entgegen, daß die suggestive Werbung (siehe 3. Kapitel I 4) mit „Mein Produkt ist gut; seine Konsumenten sind cool“ der engagierten Werbung Benettos *nicht* vorzuziehen sei, weil sie genausowenig nachprüfbar Aussagen enthalte. Diesem Vortrag könnten aus der Perspektive des Art. 12 GG zwei Argumente entgegengehalten werden:

- (a) *Die Werbespirale.* Werbebudgets und Werbetechniken üben einen Werbedruck auf Mitbewerber und Rezipienten.<sup>80</sup> Die Innovation eines Mitbewerbers führt hier dazu, daß die anderen Mitbewerber entweder mit noch mehr Werbung oder noch schockierender Werbung konterkarieren müssen.<sup>81</sup>
- (b) *Die „Marktverstopfung“ für substantiierte Umweltwerbung.* Wenn ein Unternehmen durch suggestive und eindrucksvolle Werbung den Umwelt- und Sozialmarkt für Werbung vereinnahmt, bleibt für Werbungstreibende, die nicht nur mit dem ökologischen Engagement werben, kaum mehr Raum. Diese Unternehmen müssen sich auch auf das Tun konzentrieren und nicht nur auf die Darstellung der ökologischen und sozialen Probleme. Die Chancen, daß substantiiert für den Umweltschutz

---

79 Fall I ist kein Einzelfall wie die Untersagung der Werbung mit dem Photo "Kinderarbeit" BGH Urteil v.6.7.1995 NJW 1995, 2490 ff zeigt.

80 Der Werbedruck, definiert als Werbeinvestitionen pro Einwohner ist in den USA fast doppelt so hoch wie in Deutschland.

81 Es kann hier eine lange Durststrecke zu überwinden sein, bis gerade auf dem Bekleidungs- markt für Jugendliche Produkt und Preis wieder als Verkaufsargumente genügen.

tätige Unternehmen auf sich aufmerksam machen können, werden durch suggestive und große Werbebudgets entscheidend vermindert.

In der Praxis finden diese Überlegungen keine Entsprechung. *Für die These von der Identität* der effektiven Garantiebereiche spricht insbesondere die BGH-Rechtsprechung in den Fällen I („Ölverschmutzte Ente“), IV „Sozial“- und V „(Ökosponsoring)“, in denen der BGH *wahrheitsgemäße Sprache* als sittenwidrig qualifiziert. Besonders im Fall I, wo er dies ausdrücklich unter Berufung auf Art. 5 GG tut, entsteht der Eindruck, daß der BGH den materiellen<sup>82</sup> Unterschied zwischen Art. 12 und Art. 5 GG nicht zu erkennen vermag.

*Gegen* diese Identitätsthese sprechen die Literaturmeinungen, die gerade unter Berufung auf Art. 5 GG Kritik an der BGH-Rechtsprechung üben.<sup>83</sup> Selbst wenn man unterstellt, daß der Garantiebereich von Art. 5 und Art. 12 GG unterschiedlich ausgestaltet ist, stellt sich die Frage des „inwieweit“ unterschiedlich.

(3) *“Wieweit“*. Der Umfang des effektiven Garantiebereichs kann durch Grundrechtskonkurrenzen und/oder durch Grundrechtskollisionen konturiert werden.

(a) *Grundrechtskumulation aus Art. 12 und Art. 5 GG?* Die Literaturansichten und die Rechtsprechung, die die Werbung in Art. 5 Abs.1 S.1 GG schützen wollen, müssen dazu Stellung nehmen, ob dieser Schutz

- exklusiv durch die Meinungsfreiheit verwirklicht wird - so der BGH<sup>84</sup> -
- oder wenn der Schutz der Werbung in unterschiedlichen Grundrechtsgewährleistungen verankert wird, wie Grundrechtskumulationen methodisch behandelt werden.

Solange nicht geklärt ist, ob es einen Unterschied macht, daß Werbung *nur in Art. 5 GG* oder *in Art. 5 in Verbindung mit Art. 12 GG* geschützt wird, solange ist auch der effektive Garantiebereich nicht konturiert. Es besteht dann die Gefahr, daß unter Ablösung einer grammatischen Verfassungsauslegung

---

82 Den methodischen Wechselwirkungsansatz befolgt er. Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 7, 198, 209 etwa BVerfGE 71, 162, 180 ff; 69, 257, 269 ff; 68, 226, 231; 61, 1, 10 ff bis 34, 384, 401; siehe auch A.Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1993, 99 ff.

83 W.Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für die Werbung, ZUM 1996, 1, 16; Ch.Degenhart, Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, S. 287, 298 ff in: H.Leßmann u.a.(Hrsg.). Festschrift für R.Lukes, 1987; K.J.Grigoleit/J.Kersten, Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikation, DVBl 1996, 396, 605; als Grenzfälle bezeichnet aber die BGH-Rechtsprechung noch stützend E.Ullmann, Einige Bemerkungen zur Meinungsfreiheit in der Wirtschaftswerbung, GRUR 1996, 948, 952;

84 In seinen Benetton-Entscheidungen "Ölverschmutzte Ente", "HIV-Positive" und "Kinderarbeit" BGH Urteile v.6.7.1995 NJW 1995, 2488 ff.

„Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der *allgemeinen Gesetze*, den *gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend* und dem *Recht der persönlichen Ehre*“ in Art. 5 Abs. 2 GG und

„Die Berufsausübung kann *durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt*<sup>85</sup> werden“ in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG

in ihrer rechtlichen Beurteilung konturenschwache Grundrechtskumulationen anhand eines ebenfalls konturenschwachen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im weitesten Sinne überprüft werden.

- Eine Exklusivität des Schutzes von Werbung in Art. 5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG wird *bisher* vor allem vom BGH in den Fällen I und II („Ölverschmutzte Ente“; HIV-Positive“) vertreten.

Die ältere Literatur, allen voran die erste Monographie von Peter Lerche bejahte einen Schutz der Werbung in einem „Koordinatennetz“ aus Art. 12, 14, 5 und 2 GG,<sup>86</sup> wobei die Konkurrenzproblematik weitgehend unerörtert<sup>87</sup> blieb. Diese Verkennung der Konkurrenz- und Garantiebereichproblematik bei der Werbung kennzeichnet teilweise auch die jüngere Literatur, die sich für einen meinungsfreiheitlichen Werbeschutz ausspricht.<sup>88</sup> Die Aufgabe der Ermittlung eines effektiven Garantiebereichs<sup>89</sup> der Werbung bleibt damit weitgehend ungelöst und provoziert so die Gefahr einer undifferenzierten Überschätzung eines meinungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung.

**(b) Grundrechtskollisionen.** Die Frage nach dem „Wieweit“ des verfassungsrechtlichen Werbungsschutzes - nach seiner Intensität - läßt sich nur beantworten, wenn die Rechte der Rezipienten und der Allgemeinheit ebenfalls auf ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen hin untersucht werden. Grundsätzlich können diese den Rechten der Kommunikatoren entgegenstehenden Interessen objektiv-rechtlich oder/und subjektiv-rechtlich geschützt sein:

- Zum einen kann die Belästigung, die von einer Plakatwand wie in Fall IIb („Tote Herzen“) ausgeht, als Interesse der *Allgemeinheit* in die Interessenabwägung nach § 1 UWG eingehen (dazu siehe unter V). Es handelt sich nicht um den Fall einer Grundrechtskollision, sondern um die Einschränkung von Grundrechten des Kommunikators zugunsten von Allgemeinwohlinteressen.

---

85 Zur Bedeutung des Regelungsvorbehalts BVerfGE 13, 97, 122; 7, 377, 409.

86 P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S. 85, 87; F.Drettmann, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1984, S.128.

87 Etwa B.Göpel, Das Spannungsfeld zwischen der Meinungsfreiheit und den Vorschriften zum Schutz vor unlauterem Wettbewerb aus nationaler und EG-rechtlicher Sicht, 1994, S.37. Eine der Ausnahmen P.Weides, Wirtschaftswerbung und Grundrechte, WRP 1976, 585, 589 ff.

88 A.Hatje, Wirtschaftswerbung als Meinungsfreiheit, 1993, S. 95 bejaht einen "subsidiären Schutz" nach Art. 12 Abs. 1 GG ohne zu erklären, welche Auswirkungen diese sogenannte Subsidiarität haben soll. K.A.Nagel: Werbeverbote, 1992, S. 122, 73 ff, der die Werbung sowohl als Meinungs- als auch als Berufsausübungsfreiheit schützen will, ohne das Konkurrenzverhältnis beider Vorschriften zueinander zu klären; H.J.Papier, H.Petz, Rechtliche Grenzen des ärztlichen Werbeverbots, NJW 1994, S. 1553, 1561.

89 Zum Begriff siehe 2.Kapitel.

- Zum anderen kann eine grundrechtliche negative Rezipienten oder -Informations*freiheit*<sup>90</sup> (Art. 12 und/oder Art. 5 Abs. 1 und/oder Art. 2 Abs. 1 GG) dazu zwingen („objektive Entscheidungsdeterminanz“), solche Werbungen nicht mehr zuzulassen. Es bedarf deshalb auch der Überprüfung, ob ein in Art. 5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG enthaltenes Grundrecht auf „Stille“ einem Grundrecht des Werbenden gegenübergestellt ist und so die Lösung einer Grundrechtskollision verlangen.

(4) *Vorgehensweise.* Der folgende Abschnitt II wendet sich zunächst dem „Ob“ des Schutzes von Werbung zu. Es handelt sich um einen Rückblick auf die Anfänge der Grundrechtsdogmatik, der verdeutlichen soll, daß bereits der Schutz nach Art. 12 GG das Ergebnis einer Evolution der wirtschaftspolitischen Autorität des Grundgesetzes ist (das ursprünglich die Wettbewerbsfreiheit nur in Art. 2 Abs. 1 GG schützte) - und die vielleicht im „meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung“ eine Mutation erlebt. Der Abschnitt III widmet sich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Werbung eine „Meinung“ ist oder kommunikationsfreiheitlich geschützt werden kann. Der Abschnitt IV konzentriert sich auf die Konkurrenzproblematik - insgesamt also das „Wieweit“. Der Abschnitt V untersucht dann den Schutz der Rechte und Interessen der Rezipienten.

## II. Ist Werbung in der Verfassung geschützt - ein Rückblick

Neben den spezielleren Freiheitsgewährleistungen in Art. 4, 5, 8, 9, 12 und 14 GG spielte das Auffanggrundrecht in Art. 2 Abs.1 S.1 GG eine entscheidende Rolle. Wenn die Gewährleistung der Werbung in den speziellen Freiheitsgrundrechten abgelehnt würde, dann hängt das „Ob“ eines verfassungsrechtlichen Schutzes von Werbung davon ab, in wieweit Werben Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art.2 Abs.1 GG) ist. Vor allem drei Argumente hätten gegen einen solchen Schutz sprechen können: nämlich (1) die Einengung der Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG auf den Persönlichkeitskern; (2) die Eigenschaft der Werbung als Element der Wettbewerbsfreiheit und (3) die fehlende verfassungsrechtliche Verbürgung der „Hauptfreiheit“, der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als Freiheit des Marketing-Mix.

### 1. *Persönlichkeitskertheorie*

Nach der sogenannten Persönlichkeitskertheorie<sup>91</sup> ist die allgemeine Handlungsfreiheit auf eine „*höhere Ebene des Kernbereichs des Persönlichen*“ beschränkt.

90 Zum Begriff W.Fikentscher/Th.Möllers, Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunstdarbietung, NJW 1998, 1337.

91 H. Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Gegenwartsproblem des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift für R.Laun, 1953, S. 669 ff. Ähnlich K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995 Rn. 428 "Gewährleistung der engeren persönlichen, freilich

Die Beschränkung auf den Kernbereich führt dazu, daß nur eine solche Betätigung geschützt ist, „ohne die der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann“.<sup>92</sup> Kommerzielle Werbung ist für diese Entfaltung nicht notwendig.<sup>93</sup> Die Persönlichkeitskerntheorie erfährt von der weit überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur Ablehnung, weil sie im Wortlaut von Art. 2 Abs.1 GG keine Stütze findet und der von diesen Meinungen erkannten Systematik des Grundgesetzes, das durch ein Auffanggrundrecht Freiheitssphären schützt, keine Rechnung trägt.<sup>94</sup>

## 2. Werbung als Teil der Wettbewerbsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG)

### a) Werbung als Teil der Wettbewerbsfreiheit

Werbung ist - wie der Supreme Court (4.Kapitel) allgemeingültig formulierte - *conditio sine qua non* der Teilnahme am Wettbewerb. Man könnte deshalb argumentieren, daß der Schutz von Sprache als Mittel der Teilnahme am Wettbewerb nicht größer sein darf als der Schutz des Tuns selbst, nämlich der Wettbewerbsfreiheit.

### b) Schutz der Wettbewerbsfreiheit in Art. 2 oder Art. 12 GG

Der grundrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit als größtmögliche Freiheit der Teilnahme Privater<sup>95</sup> an möglichst weitgehend dem (freien) Wettbewerb überlassenen Märkten und ihr Schutz als wirtschaftliche Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) - nach jüngeren Meinungen nach Art. 12 GG<sup>96</sup> - war in den siebziger Jahren nicht unumstritten. Einige Literaturan-

---

nicht auf rein geistige und sittliche Entfaltung beschränkten, Lebenssphäre". Anderer Ansicht BVerfGE 6, 32, 36 und BVerfGE 80, 137, 164 ff "Reiten im Walde" (siehe aber die Minderheitsmeinung des Richters Grimm); E.Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S.123-125 m.w.N..

92 von Mangoldt/Klein: Art. 2 Anm. III 6 c.

93 Man könnte zwar argumentieren, daß Werbung, die für den Erwerb des Existenzminimums notwendig ist, mittelbar auch eine Voraussetzung für die geistige Entfaltung des Menschen ist. Ohne Befriedigung körperlicher Bedürfnisse ist keine Verwirklichung der Persönlichkeit vorstellbar. Jedoch wäre eine solche Differenzierung zwischen Werbung, die für den Erwerb des Existenzminimums notwendig ist, und Werbung, die hierfür nicht notwendig ist, nicht praktikabel, weil die finanziellen Verhältnisse mehrerer Werbender sehr unterschiedlich und schwer feststellbar (die Offenlegung der Steuererklärungen führte evtl. zu veralteten Erkenntnissen und eine Offenlegungspflicht würde auch die Privatsphäre des einzelnen empfindlich berühren) sind. Auch ist das individuelle Kriterium - Werbung, die zum Lebensunterhalt notwendig ist, und "Luxuswerbung" - ungeeignet, um als vorhersehbares, objektives Differenzierungskriterium zwischen geschützter und nicht geschützter Werbung zu fungieren.

94 B.Pieroth, Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG, AÖR 115 (1990), 33, ff.

95 Zur Teilnahme des Staats am Wettbewerb siehe U.Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 191 - 194, der den Wettbewerb als Ergebnis des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit (im Sinne von Teilnahme) der Konkurrenten in Art. 14, 12 und 2 Abs. 1 GG begründet.

96 Siehe die Darstellung des Meinungsstandes anhand einer Tabakwerbungseinschränkung bei P.Lerche, Grundrechtsfragen eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots mittelbarer Werbung, 1990, S. 21 ff mit dem Prüfungsergebnis einer wegen der *Berührung* von Art.2, 5, 12, und 14 GG harmonisierenden Betrachtung; F.Ossenbühl, Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, AÖR 115 (1990), 22, 24, der die Wettbewerbsfreiheit grundsätzlich Art. 12 GG zuordnen will, bei der Distributionspolitik, aber auch Art. 2 und 14 GG für maßgeblich erachtet; M.Hofmann, Staatliche Wirtschaftsregulierung und grundrechtlicher Schutz der Unternehmensfreiheit durch Art. 12 und Art. 2 Abs.1 GG, BB 1995, 53, 55 m.w.N.; M.Schulte, Informales Handeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesund-

sichten wollten den Staat bei der Wirtschaftslenkung nur dem *Willkürverbot* - und nicht einmal dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (im Rahmen der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG) - unterwerfen.<sup>97</sup>

Ihre Aktualität behalten diese Meinungen durch die Frage der Weite der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei wirtschaftslenkenden Maßnahmen im Rahmen von Art. 12 GG<sup>98</sup> und durch die spiegelbildliche Diskussion, die zur Zeit für die Gestaltungsfreiheit des Gemeinschafts"gesetzgebers" (im Rahmen der Agrarpolitik (Art. 43 EGV)) geführt wird.<sup>99</sup> Nach der EuGH-Rechtsprechung (siehe im 6.Kapitel II) besteht ein sehr weiter Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, der nur bei evidenten Fehleinschätzungen und unzumutbaren Folgen von der Rechtsprechung eingeschränkt wird.

Die Literaturansichten der siebziger Jahre sind historisch die Antwort auf den Versuch der fünfziger Jahre, *eine bestimmte Wirtschaftspolitik* als einzig unter dem Grundgesetz zulässige, zu stilisieren. In der Diskussion, ob das Grundgesetz eine bestimmte Wirtschaftsordnung - die sogenannte „soziale Marktwirtschaft“ - oder stattdessen „wirtschaftspolitische Neutralität“<sup>100</sup> verlangt, ist bereits damals die Anstrengung unternommen worden, einzelnen Grundrechten wirtschaftliche Sinngehalte zuzuordnen und mit dieser Summenbetrachtung *eine* Wirtschaftsordnung grundrechtlich abzusichern. So sollte die in Art.2 Abs.1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit die „*institutionelle Garantie für die soziale Marktwirtschaft*“ verbürgen.<sup>101</sup> und deshalb nur „faire“ Werbung schützen, die dem leistungsgerechten Wettbewerb dient.<sup>102</sup> *Nicht „faire“ Werbung, also solche, die dem leistungsgerechten Wettbewerb nicht dient,*

- so die Fälle I-V nach der Rechtsprechung des BGH -

*wäre nach dieser Meinung bereits vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ausgeschlossen.* Dieser Versuch der rechtlichen Festlegung auf die soziale Marktwirtschaft<sup>103</sup> durch Art.2 Abs. 1 GG<sup>104</sup> überzeugt nicht, weil der Wortlaut und

---

heitspflege, DVBl 1988, 512, 515 f. Ch.Engel, Eigentumsschutz für Unternehmen, AÖR 119 (1994), 171, 217.

97 Demgegenüber wollen E.Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 98 (1973), 568, 591, 603 ff; J.Schwabe, Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte, AÖR 100 (1975), 442, 459 ff den Staat bei der Regelung wirtschaftlicher Tätigkeit nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern nur dem Willkürverbot unterwerfen.

98 BVerfGE 39, 210, 231.

99 Siehe 6.Kapitel II und M.Zuleeg, Bananen und Grundrechte - Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit, NJW 1997, 1201, 1206

100 K.Ballerstedt, Die Wirtschaftsverfassung im Staatsrecht der Bundesrepublik, S. 49 in: Bettermann/Nipperdey /Scheuner, Die Grundrechte, Bd.III/1 ,

101 H.C.Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1965, S. 39.

102 H.C.Nipperdey, a.a.O., S.38.

103 Siehe auch zur Diskussion, ob durch Art. 1 Abs. 3 S. 1 des Staatsvertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 18.5.1990 (BGBl II, S. 518): "Grundlage der Wirtschaftsunion ist die Soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien" diese Ablehnung der Festlegung auf *eine* Wirtschaftsordnung weiter gilt U.Schliesky, a.a.O., S. 120 ff. Zur Rechtslage in Österreich

Sinngehalt der Grundrechte eine Wirtschaftsverfassung<sup>105</sup> erkennen lassen, die weitgehend die Gestaltungsfreiheit vor allem des Gesetzgebers respektieren.<sup>106</sup> Das BVerfG hat sich mit der Formel der „wirtschaftspolitischen Neutralität“, die daraus besteht,

„daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für *ein* bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat“<sup>107</sup>

in ständiger Rechtsprechung gegen eine solche verfassungsrechtliche Verengung des wirtschaftspolitischen Spielraums ausgesprochen. Ein Ausschluß „unfairer Werbung“ bereits auf der *Schutzbereichsebene* ist deshalb abzulehnen.

Das gilt sowohl für die älteren Ansichten, die die Freiheit der Teilnahme am freien Wettbewerb von Art. 2 Abs. 1 GG umfaßt sahen, als auch für jüngere Meinungen und BVerfG-Entscheidungen, die Art. 12 Abs.1<sup>108</sup> zugrunde legen.

Aus der Sicht des Werbenden ist vielleicht gerade die unfaire Werbung geeignet, den Absatz zu stärken. Diese Chance der Absatzsteigerung eröffnet auch den *betätigungsfreiheitlichen Schutzbereich*.

Für die Freiheit der Werbung haben die vergangenen Diskussionen um die wirtschaftliche Orientierung des Grundgesetzes hauptsächlich zu zwei Erkenntnissen geführt:

**(1) Werbung als Bestandteil der Wirtschaftsverfassung.** Es besteht ein Zusammenhang zwischen „Wirtschaftsverfassung“<sup>109</sup> und gewünschter Werbung. Die Interpretation von Grundrechten als Wirtschaftsgrundrechte, die durch Art. 12, 14 in Verbindung mit Art. 15 und Art. 2 Abs. 1 GG zwingend vorge-

---

E.Schulev-Steindl, Wirtschaftlenkung und Verfassung, 1996, S. 22 ff unter besonderer Betonung der Bedeutung der Vertragsfreiheit und Privatautonomie.

104 H.Rupp, Grundgesetz und "Wirtschaftsverfassung", Tübingen, 1974, S.10.

105 Zum Begriff U.Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 113 als ""die Summe der verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die wirtschaftlichen Aussagegehalt haben und so die Ordnung der Wirtschaft determinieren" m.w.N., obwohl die Determinationskraft durch die Gestaltungsfreiheit des Staates deutlich abgeschwächt wird.

106 Zum Meinungsstand siehe die Literaturhinweise bei D.Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischem Recht, Köln, 1994, S.26 ff; W.B.Schünemann, in: R.Jakobs, W.F.Lindacher, O.Teplitzky, UWG, Großkommentar, 9.Lfg., 1994, Einl. A 52, der eine Verdichtung zu einer Systementscheidung bejaht, aber auch darauf hinweist, daß die Neutralitätsbetrachtung des BVerfG in der Sache zu ähnlichen Ergebnissen kommt. Gegen eine solche Herleitung der Werbefreiheit W.Rüfner, Überschneidungen und Ergänzungen der Grundrechte, Der Staat, 1968, 41, 44.

107 BVerfGE 50 290, 337 ff; 12, 341, 347; 7, 377, 400 und zuerst 4, 7 (17 ff) "Investitionshilfe". Auch die BVerfG-Rechtsprechung ist bei der Beurteilung der wirtschaftspolitischen Gestaltungsfreiheit ungewöhnlich großzügig, soweit ein Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers respektiert wird: BVerfGE 77, 84, 106; 77, 308, 332.

108 R.Breuer, Freiheit des Berufs, § 147 Rn. 63, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 1989, der zur Berufsfreiheit auch die Wettbewerbsfreiheit zählt und von dieser Wettbewerbsfreiheit auch die "interprivate Verhaltensweise der Werbung ..." umfaßt sieht (Fn. 238 m.w.N.). H.Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 1996, Art.2. Rn. 24 und Art. 12 Rn. 61 (Bearbeiter J.Wieland); BVerfGE 86, 28, 37 ff (zur Bedürfnisprüfung bei der Bestellung von Sachverständigen) als Eingriff in die durch Art. 12 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit und damit in die Berufsfreiheit.

109 Kurzdarstellung der Meinungen bei W.Bohling, Die Anforderung des Grundgesetzes an die Wirtschaftsordnung, S. 3 ff in: W.Bohling(Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Grundgesetz, Stuttgart, 1981.

geben sind, stellt den Interpreten des verfassungsrechtlichen Schutzes von Werbung vor die Aufgabe einer systematisch befriedigenden Koordinierung der unterschiedlichen Gewährleistungen. Dabei ist zu prüfen, ob der meinungsfreiheitliche Schutz der Werbung

**„nicht den in wirtschaftlicher Hinsicht dem Gesetzgeber eingeräumten Spielraum“**

verkennt.<sup>110</sup> Dieser Spielraum ermöglicht es, Produkte oder Berufsgruppen Marketingbeschränkungen und -verbote im allgemeinen und Werbeverbote und -beschränkungen im besonderen zu unterwerfen.

Wenn der Tabakanbau theoretisch verboten oder die Abgabe von Tabak und Alkohol durch Apotheken aufgrund eines Rezepts erfolgen oder wenn die Abgabemenge von Energie pro Haushalt limitiert werden könnte, dann würde diese Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers durch einen meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung, der eine unbeschränkte Werbung (für mehr Alkohol-, Tabak- und Energiekonsum) verlangt, konterkariert.

Mit diesen Ausführungen soll nicht eine neue Ära der Schwarzmärkte und der Regulierung eingeläutet werden; es soll nur verdeutlicht werden, daß das Grundgesetz diese Gestaltungsfreiheit bei der Produkt- und Distributionspolitik nicht per se verengt. In einer grammatischen Auslegung ist es nicht ausgeschlossen, daß ein Staat und eine Gesellschaft mit stark eingeschränkter Werbung die Hürden der Wirtschaftsgrundrechte nehmen können, weil das Grundgesetz die Festlegung auf *eine* Wirtschaftsordnung nicht kennt und deshalb dem Staat eine weite *Gestaltungsfreiheit - auch bei der Werbung* - überantwortet. Es gibt im wirtschaftlichen Bereich nicht nur eine Deregulierung, sondern auch die Erkenntnis der Notwendigkeit der Reregulierung.<sup>111</sup> Wo es aber grundsätzlich *keine Regulierung* - im Vergleich zu Art. 12 Abs. 1 S. 2 („*Regelungsvorbehalt* mit Gestaltungsfreiheit“), Art. 14 Abs. 2 („Sozialpflichtigkeit“) und Art. 2 Abs. 1 GG („Schrankentrias“) - geben darf, nämlich bei der Meinungsfreiheit, muß dieses *Regulierungsverbot* (dazu siehe unter IV) auch beachtet werden.

Wenn man Werbung als Meinung schützen will, dann muß man diesem unterschiedlichen Charakter der Freiheit der Sprache und der Freiheit des Tuns Rechnung tragen (dazu siehe unter III 5).

- (2) Rechte der Werbenden *und* Rechte der Beworbenen. Wenn der meinungsfreiheitliche Schutz von Werbung dazu dient, die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu verengen, dann muß in einer Marktgleichheitsbetrachtung auch überlegt werden, inwieweit der Schutz der anderen Marktbeteiligten zu konkretisieren ist. Der Wettbewerbsgedanke verlangt nach der Prüfung und Konkretisierung von Grundrechten der Kommunikatoren wie der Rezipienten und Konsumenten.

Art. 12 GG ermöglicht die Berücksichtigung der Rezipienteninteressen als Bestandteile des Allgemeinwohls.

---

110 U.Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 4 (1954), S. 1, 60.

111 W.Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen - Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, S. 261, 288 f, 330, in: W.Hoffmann-Riem/E.Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996.

Korrespondierend und marktgerecht zu einer werblichen Meinungsfreiheit sollte auch überprüft werden, ob die Handlungsfreiheit des Konsumenten, seine rechtliche Freiheit

„ob, was, wieviel und wo er Güter erwerben will“<sup>112</sup> und inwieweit die Freiheit, nicht beworben zu werden (negative Rezipientenfreiheit),

verfassungsrechtlich geschützt ist. Die Liberalisierung des Kommunikators durch den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung könnte sonst zur Einschränkung der Rechte und Interessen der Rezipienten und Konsumenten führen - ohne daß dies reflektiert wird. Es wird deshalb zu überprüfen sein, welche Konsequenzen eine solche *bipolare Betrachtung des* Schutz der Grundrechte des Kommunikators und der Rezipienten für den effektiven Garantiebereich der Werbung hat.<sup>113</sup>

### 3. *Kommerzielle Werbung: fehlende verfassungsrechtliche Verbürgung der Hauptfreiheit*

Ein Argument, das *gegen* einen verfassungsrechtlichen Schutz kommerzieller Werbung - entweder in Art. 2 Abs. 1 und/oder in Art. 12 und 14 GG - hätte sprechen können, ist die fehlende verfassungsrechtliche Verbürgung der „Hauptfreiheit“, der Werbung dient, nämlich der Vertragsfreiheit.

#### a) *Haupt- und Hilfsfreiheit*

Die Terminologie „Haupt“- und „Hilfsfreiheit“ findet sich nicht im Grundgesetz; sie wird hier gewählt, um dem unterschiedlichen Anteil von Sprache und Tun an einer grundrechtlichen Gewährleistung zu bestimmen. Sprache oder Tun können den *Schwerpunkt* einer grundrechtlichen Gewährleistung (hier als „*Hauptfreiheit*“ bezeichnet) oder einen *Randaspekt* bilden (hier als „*Hilfsfreiheit*“ für die *Wahrnehmung einer „Hauptfreiheit*“ bezeichnet). So liegt bei Art. 12 und Art. 14 GG der Schwerpunkt der Gewährleistungen auf dem „Tun“ („Hauptfreiheit“).

Es geht um die Wahl eines Berufs, die Ausübung des Berufs durch Tun und den Genuß von Eigentum. Die Werbung für eine bestimmte Berufswahl- und/oder -ausübung oder im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung ist ein Randaspekt, der nach der hier vertretenen Terminologie „hilfsfreiheitlich“ geschützt wird.

Diese Einordnung als „Hilfsfreiheit“ soll keine Vernachlässigung des Freiheitsgehalts dieser Rechte zum Ausdruck bringen. Ein Eigentumsschutz der Marke oder

---

112 H.C.Nipperdey, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte, Bd.IV/2, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 742, 886 in : Berlin, 1969.

113 W.B.Schünemann, UWG, Großkommentar, Einl. A 66 weist nur pauschal daraufhin, daß eine Verankerung der unternehmerischen Wettbewerbsfreiheit in Art. 12 GG - im Gegensatz zu Art. 2 Abs. GG - zu einer Vernachlässigung der Konsumentenfreiheit führt. Der Inhalt der Konsumentenfreiheit wird aber nicht weiter dargestellt. Allgemein R.Stober, Verfassungsrechtliche Konturen eines Verbraucherrechts, S. 591 (596) in: H.Leßmann, B.Großfeld, L.Vollmer, Festschrift für Rudolf Lukes zum 65.Geburtstag, Köln, 1987.

einer geographischen Herkunftsbezeichnung existiert, oder wird (im Fall des Urheberrechts an einem Werbeslogan) diskutiert.

Bei Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG ist die Hauptfreiheit die Sprache.

Soweit es Fallgestaltungen gibt, in denen Tun zu konkludenter Sprache wird (siehe dazu im 4. Kapitel), steht die *kommunikative Bedeutung* des Tuns - wenn Tun ein Mittel zur Kommunikation von Inhalten ist - gegenüber dem *Gestaltungspotential des Tuns* - das was Tun zu Tun macht - eindeutig im Vordergrund. Erst im Rahmen der Institutsgarantien des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wird die Organisation und das *Tun* dieser Institute zur Förderung der öffentlichen Meinungsbildung - wie etwa die Presse und der Rundfunk - zum Grundrechtsinhalt.

Es gibt - wie bei jeder Kategorisierung - Grenz- und Mischsachverhalte. Eine Gewährleistung, die beide Elemente - Sprache und Tun - ohne eindeutig erkennbaren Schwerpunkt schützt, ist die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses in Art. 4 (Abs. 1 3 und 4. Alt.) GG. Das Bekenntnis kann auch das Tun umfassen, wie gerade das Verbot eines Zwangs zur Ableistung von Kriegsdienst in Art. 4 Abs. 3 GG verdeutlicht.

Diese Beispiele für ein teleologisches und systematisches Verhältnis der Garantien der Sprache und des Tuns hätten einem verfassungsrechtlichen Schutz der Werbung entgegeng gehalten werden können, falls es bereits an einer verfassungsrechtlichen Verankerung der Hauptfreiheit, der Werbung zu dienen bestimmt ist, fehlt.

#### *b) Fehlende Hauptfreiheit bei der kommerziellen Werbung?*

Das Ziel von Werbung, das unmittelbar oder mittelbar angestrebt wird, ist die Anbahnung von Rechtsgeschäften, meist in der Form von Verträgen.

Soweit ersichtlich behauptet niemand, daß Werbung nur (im Sinne von ausschließlich) einen Beitrag zur öffentlichen Meinung leisten wolle.

Dem Schutz kommerzieller Werbung könnte entgegenstehen, daß *die* Betätigung, die Werbung fördern soll, selbst keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießt.

Die verfassungsrechtliche Absicherung der Vertragsfreiheit als

„Befugnis, mit einem frei gewählten Partner eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung in thematischer Universalität und prozeduraler Beliebigkeit zu treffen“<sup>114</sup>

ist im Grundgesetz grammatisch nicht feststellbar:<sup>115</sup> und das im Unterschied zu Art. 152 der Weimarer Reichsverfassung (WRV):

„Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze.“<sup>116</sup>

---

114 W.Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S.3. Allgemein G.Manssen. Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 183 ff, 192 ff.

115 anders z. B. in der bayrischen Verfassung: Art. 151 Abs.2 S.1.

116 die Vertragsfreiheit der Weimarer Reichsverfassung konnte durch Gesetze eingeschränkt werden und auch ihr Charakter als subjektives Recht kann nicht als gesichert gelten,

Aus dieser fehlenden, grammatischen Verankerung der Vertragsfreiheit wird aber nicht der Umkehrschluß gezogen, daß die Vertragsfreiheit verfassungsrechtlich nicht geschützt sei.<sup>117</sup> Die Vertragsfreiheit ist eine so wesentliche Voraussetzung der Entfaltung der Persönlichkeit, daß sie zumindest von Art.2 Abs.1 GG geschützt wird.<sup>118</sup> Die fehlende grammatische Verbürgung der Vertragsfreiheit steht deshalb auch der Annahme einer kommerziellen Werbefreiheit, als akzessorischer Freiheit zur Vertragsfreiheit, *nicht* entgegen. Mit der Bejahung des „Ob“ eines verfassungsrechtlichen Schutzes der Werbung stellt sich die Aufgabe der Lokalisierung des einschlägigen Grundrechts.

### III. Werbefreiheit als Meinungsfreiheit (Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt GG)?

#### 1. Grammatische Auslegung

##### a) Werbung als „Meinung“

Die Begriffe „Meinung“<sup>119</sup> und „Werbung“ weisen etymologisch keine Verwandtschaft miteinander auf, so daß eine grammatische Auslegung nicht zu einer Subsumtion von Werbung als Meinung zwingt. Die Trennung beider Begriffe setzt sich auch in den Bezeichnungen wie „Propaganda“ (zielgerichtete Information im politischen Bereich)<sup>120</sup> und „Reklame“ (zielgerichtete „Information“ im kommerziellen Bereich) fort, die aber im verfassungsgerichtlichen<sup>121</sup> Sprachgebrauch keine gesicherte unterschiedliche Bedeutung haben.

---

F.Poetsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, Berlin, 1928, 3.Aufl., S. 481, 396 ff.

117 So bereits E.R.Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen, 1953, 2.Aufl., S.661.

118 Zudem ist der ausdrückliche Schutz der Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze - wie in der WRV - unter Geltung des Grundgesetzes aus systematischen Gründen überflüssig: Die Vertragsfreiheit setzt gesetzliche Bestimmungen über das Zustandekommen, das Ausmaß der Ansprüche und ihre Durchsetzung voraus - sie wird durch Gesetze erst konkretisiert. Entscheidend für die Frage, ob ein Gesetz die Vertragsfreiheit einschränkt, ist deshalb nicht die Prüfung der Verletzung einer wiederum durch Gesetze konkretisierten Vertragsfreiheit, sondern die Prüfung einer möglicherweise vorliegenden Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, auf der der Anspruch auf Gestaltung einer effektiven Vertragsfreiheit beruht. Mit dieser Prüfung wird aber auch deutlich, daß der Schutz der Vertragsfreiheit im Grundgesetz auch ohne ausdrückliche Nennung verwirklicht wird. W.Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Band, Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., Berlin, 1979, S. 17, 19, der eine institutionelle Verbindung von Freiheit und Gesetz bei der Vertragsfreiheit annimmt und dadurch die Vertragsfreiheit von der Institution "Eigentum" unterscheidet.

119 F.Tönnies, Kritik der öffentlichen Meinung, 1922, S. 3 führt den Begriff der Meinung auf das Sanskritwort "man" in der Bedeutung von "bewußt sein" zurück.

120 H.Windsheimer, Die "Information" als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG, 1968, S. 19 "zielgerichtete Information" des "Staates"; F.Tönnies, Kritik der öffentlichen Meinung, 1922, S. 79 definiert Propaganda als "Instrumentalisierung der öffentlichen Meinung, ohne daß es auf deren Richtigkeit ankommt; F.Drettmann, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, Frankfurt, 1984, S.8 unter Hinweis auf C.Hundhausen, Wirtschaftswerbung, S.142.

121 Im Strafrecht vergleiche § 86 StGB.

BVerfG und BVerwG gehen in einigen Entscheidungen zur „religiösen Sprache“ (zum Begriff siehe 2.Kapitel II 2 e) von einer Identität von „Werbung und Propaganda“ aus.<sup>122</sup>

**Werbungen enthalten zum Teil - nicht etwa in Fall I und IIa („Ölverschmutzte Ente“, „HIV-Positive“) - Tatsachenangaben, wie den Produktnamen, den Preis oder die Bezugsquelle. Diese Tatsachenkerne könnten der Subsumtion als Meinung entgegenstehen, wenn von der Meinung nur Werturteile umfaßt wären.**

b) *Meinung als Werturteil?*

aa) Meinen, Glauben, Wissen

Wer den Umfang der Meinungsfreiheit bestimmen will, sieht sich mit der Unterscheidung von Tatsache und Werturteil konfrontiert. Nach Literaturansichten sollten nur

„Stellungnahmen, Wertungen, wertende Urteile, Werturteile, Beurteilungen, Einschätzungen, wertende Ansichten, Anschauungen oder Auffassungen“<sup>123</sup> dem Meinungsschutz unterfallen; **Tatsachenbehauptungen dagegen nicht.**<sup>124</sup>

Diese Beschränkung auf Werturteile ist kein Ergebnis der politischen Opportunität, die einen restriktiven Meinungsschutz<sup>125</sup> verlangen könnte, sondern beruht auf der von der Meinungs- und Glaubensfreiheit vorausgesetzten, inneren Geistesfreiheit.

Diese, im Wortlaut des Grundgesetzes nicht formulierte, **interne Geistesfreiheit (forum internum) unterscheidet sich nach** der liberalen Verfassungstheorie vom externen Tatsachen- und Meinungsmarkt (**forum externum**), **auf dem Meinungen geäußert und Informationen beschafft werden.** Bei **Helmut Ridder** wird diese Evolution beschrieben:

„Um diese als Mittelpunkt zu denkende subjektive Geistesfreiheit legen sich nunmehr in mehreren konzentrischen Ringen, deren Eigenart erst im Laufe der Verfassungsentwicklung deutlicher hervortritt, die einzelnen verfassungsmäßig verbürgten Freiheitsrechte“<sup>126</sup>.

Eine grammatische Auslegung der „Meinung“ unterschied deshalb zwischen „Mein-ung“ und der „Mitteilung von Tatsachen“.

Bei der Mitteilung von Tatsachen sei ein „Meinen ...höchstens insofern vorhanden, als der die Nachricht Gebende meint, die Tatsache sei wichtig und beach-

---

122 BVerfGE 24, 236, 245; BVerfGE 12, 1,4 und BVerwGE 30, 29, 30 f; BVerwGE 15, 134, 136.

123 v.Mangoldt/Klein, Art.5GG Anm. III 1).

124 K.Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S.8. "Viele, denen die Frage nach dem Wahrheitsgehalt einer Meinung gleichgültig ist, die aber sagen: Meinungen, die gefährlich sind, gleichviel ob sie wahr oder unwahr sind, dürfen nicht vorgetragen werden". H.Ridder, Meinungsfreiheit, S.243, 248 f, in: F.Neumann/H.Nipperdey/U.Scheuner, Die Grundrechte, Bd.2.

125 Von einer fehlenden politischen Opportunität des Tatsachenschutzes schreibt F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.56.

126 H.Ridder, a.a.O., S.243, 246, 264.

tenswert. Eine Nachricht bedeutet ... zwar eine Äußerung geistigen Inhalts, nicht aber eigentlich die Äußerung einer (erg. eigenen) Meinung“<sup>127</sup>.

Die Kombination von *subjektiv Wahrhaftigem (Meinung)* und *objektiv Verallgemeinerungsfähigem* (Tatsachenbehauptung, Wissen) ist bereits bei *Kant* auffindbar:

„Das Fürwahrhalten, oder die subjektive Gültigkeit des Urteils, in Beziehung auf die Überzeugung (welche zugleich objektiv gilt) hat folgende drei Stufen: Meinen, Glauben, Wissen. *Meinen* ist ein mit Bewußtsein sowohl subjektiv als objektiv unzureichendes Fürwahrhalten. Ist das letzere nur subjektiv zureichend und wird zugleich für objektiv unzureichend gehalten, so heißt es *Glauben*. Endlich heißt das sowohl subjektiv als objektiv zureichende Fürwahrhalten das *Wissen*.“<sup>128</sup>

Von der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG sind sowohl Akte des Glaubens als auch des Meinens umfaßt<sup>129</sup>.

Bereits diese Definitionen *Kants* machen deutlich, daß die Behauptung etwas zu „wissen“ wegen des Anspruchs der objektiven Wahrhaftigkeit (oder „Wahrheit“) anderen Kritikmaßstäben unterliegen mag als der Glauben oder die Meinung.

#### bb) Wissen, Tatsachenbehauptung und Meinung

In der Praxis wird „Wissen“ vor allem unter Wiedergabe von Tatsachen behauptet. Diese Wiedergabe von Tatsachen sollte meinungsfreiheitlich nicht geschützt werden, weil *nur* die Werturteile einen besonderen Auseinandersetzungswert hätten - nicht aber die Tatsachen, die sich jeder auf dem Informationsmarkt beschaffen könne.<sup>130</sup>

Eine grammatische und systematische Auslegung von Art. 5 Abs.1 GG scheint diese Unterscheidung zu bestätigen, wenn die *Meinungsfreiheit* für jeden und die *Berichterstattung* für bestimmte Medien („Funk und Film“) getrennt voneinander geschützt werden.

***Die Konsequenz dieser Ansicht, daß nur die Medien von Art.5 Abs.1 GG geschützt Tatsachen übermitteln können, „Privatleute“ indes nur nach Art.2 Abs.1 GG geschützt werden, wird überzeugend kritisiert.***<sup>131</sup> Der Unterschied

127 K.Rothenbücher, a.a.O., S.14. Die Wiedergabe von Tatsachen beschränke sich auf das kognitive Element, enthalte aber kein volitives.

128 I.Kant, Kritik der reinen Vernunft, "Vom Meinen, Wissen, Glauben", S.689 bei W.Weischedel (Hrsg.) Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, IV, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, 1975.

129 Obwohl die Rangfolge Kants bei Glauben und Meinen nicht für das Verhältnis von Art. 4 und 5 GG gilt.

130 Nachweise bei K.Rothenbücher, VVDStRL (4), S.15; H.Ridder, a.a.O., S.264.

131 Ein entschiedener Gegner ist R.Herzog, Maunz-Dürig, Art.5 Abs.1,2 Rn. 50 ff mit weiteren Argumenten. - Nicht nur die Äußerung eigener, sondern auch die Mitteilung "fremder" Tatsachen gehöre zum Menschenwürdegehalt der Meinungsfreiheit (R. Herzog, Art.5 Abs.1,2 Rn.54)

-Außerdem sind Tatsachen- und Werturteil, die in einer Aussage enthalten sind, oft schwer zu trennen.(Ein Fall, in dem das BVerfG die Trennungsschärfe von Werturteil und Tatsachenbehauptung nicht mehr begründen konnte BVerfGE 94, 1,10 "DGHS". K.v.Köller,

zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil ist in der BVerfG-Rechtsprechung *bei der Meinungsfreiheit für nicht-kommerzielle Sprache* inzwischen mit der Formel überwunden, daß auch die Wiedergabe von Tatsachen geschützt wird, soweit diese meinungsbildenden Charakter und Funktion haben.<sup>132</sup>

*Ein Beispiel, wann eine Tatsachenbehauptung keinen potentiell meinungsbildenden Charakter hat, ist nicht ersichtlich.*<sup>133</sup>

In der Rechtsprechungspraxis hat das zu dem Ergebnis geführt, daß auch Tatsachenbehauptungen dem meinungsfreiheitlichen *Schutzbereich* zugewiesen werden.

Der Baum der Geistesfreiheit hat damit - um im Bild von *Helmut Ridder* zu bleiben - um einen weiteren Ring zugenommen.

Die Inhalte von Werbungen, die *zutreffende* Tatsachenbehauptungen<sup>134</sup> enthalten (Fall VI, V und VI „Öko“- und „Sozialsponsoring“ und Arztwerbung), steht der *Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs* demzufolge nicht zwingend entgegen.

## 2. Historische Auslegung

### a) Vom Abwehrrecht gegen den Staat zur staatlichen Aufgabe der Wirtschaftslenkung und von der Kritik am Staat zur Kritik an Privaten

Die liberale Verfassungstheorie hatte die *wirtschaftliche Betätigung des einzelnen der Gesellschaft*, also der Privatsphäre, und die *Meinungsfreiheit dem staatliche Bereich zugewiesen*.<sup>135</sup> Die Meinungsfreiheit galt vorrangig dem Schutz der Meinung über den Staat. Die Wirtschaftsverfassung und -ordnung auf der einen (mit dem Ziel staatlicher Abstinenz zugunsten der Selbstregulierung) und die Meinungsfreiheit auf der anderen Seite waren zwei einander nicht berührende Säulen der staatlichen Architektur. Diese Eigenständigkeit der Säulen<sup>136</sup> änderte

---

a.a.O., S. 147, der eine Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Äußerung zugunsten eines extensiven Meinungsschutzes verwirft; K.A.Nagel, a.a.O., S.119)

132 BVerfGE 65, 1, 41 "Volkszählung": "Konstitutiv für die Bestimmung dessen, was als Äußerung einer "Meinung" vom Schutz des Grundrechts umfaßt wird, ist das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung; auf den Wert, die Richtigkeit, die Vernünftigkeit der Äußerung kommt es nicht an. Die Mitteilung einer Tatsache ist im strengen Sinn keine Äußerung einer "Meinung", weil ihr jenes Element fehlt. Durch das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt ist sie nur, *soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist*".

133 So bereits F.Drettmann, a.a.O., S.59.

134 Eine Ausnahme: BVerfG, 1 BvR 385/91 Beschl.v. 24.4.1990, zur Verwendung einer beruflichen Zusatzqualifikation in einem Inserat "Der Schutzbereich des Art.5 Abs.1 S.1 GG ist nicht verletzt. Die beanstandete Werbung stellt sich als Tatsachenbehauptung dar. Sie zielt ausschließlich darauf ab, potentielle Interessenten zur Inanspruchnahme der angebotenen Dienstleistung zu veranlassen. *Sie ist nicht Voraussetzung der Bildung von Meinungen (BVerfGE 61, 1,8; 65, 1,41).*" Die Meinung wird hier - nach hier vertretener Ansicht unzulässigerweise - bewertet.

135 F.Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, 1966, S. 5;

136 Zu diesen Dualismusthesen und der aktuellen Problematik der "Verstaatlichung der Gesellschaft" durch staatliche Kommunikationspolitik H.P.Vierhaus, Umweltbewußtsein von

sich, als die Verantwortung des Staates für die Wirtschaft, den Sozial- und den Umweltstaat wuchs und konsequenterweise die staatliche Erfüllung dieser Aufgaben Gegenstände der privaten Kritik wurden. Der Nachwächterstaat, der sich durch eine Minimierung der Intervention charakterisieren läßt, verlor an Akzeptanz. *Ein* Grund für diesen Akzeptanzverlust war, daß sich weite Teile der Bevölkerung im „gesellschaftlich- wirtschaftlichen“ - und damit in der Theorie staatsfernen - Bereich nicht mehr entfalten und verwirklichen konnten.<sup>137</sup> Meinungen, die sich auf makro- und mikroökonomische Voraussetzungen wirtschaftlicher Tätigkeit im weitesten Sinne konzentrierten und damit auf einen Inhalt, der der Einflußnahme des Staates nach liberaler Verfassungstheorie gerade entzogen werden sollten, wurden schutzbedürftig.<sup>138</sup> Es handelt sich bei der Meinungsfreiheit um einen Prozeß, der vom Schutz der Sprache *über den Staat und seine Wirtschaftslenkung bis zur Sprache im Privaten und über Private (mit potentiell erheblichen kommerziellen Folgen) reicht. Es handelt sich um ein Element der Entwicklung*, die zur Bejahung einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte geführt hat: Ursprünglich waren Grundrechte Abwehrrechte gegen das Tun des Staates und eben keine Abwehrrechte, die Schutz vor der Macht Privater bieten. Der Schutz vor dem Staat nützt aber wenig, wenn Private diese Vakuüm auffüllen. Logisch folgt deshalb aus dem erlangten grundrechtlichen Schutz vor dem „nicht mehr übermächtigen Staat“ das Schutzbedürfnis vor den dann „übermächtigen Privaten“. Der Staat muß - auch<sup>139</sup> wegen seines Gewalt- und Rechtsprechungsmonopols - diesen Schutz der schwächeren Privaten gegen die stärkeren Privaten durchsetzen. Im Grundsatz ist das unumstritten; der Kampf und das Ringen geht um die Intensität dieser Intervention des Staates zugunsten der „schwächeren Privaten“, die zur Schwächung der Freiheit der „stärkeren Privaten“ führt.

Es ist deshalb vielleicht mehr als Zufall, daß die immer noch zentrale Entscheidung zur mittelbaren Drittwirkung, die „Lüth-Entscheidung“<sup>140</sup> zur „Verteilung“ des „Rechts auf Sprache“ und „des Rechts gegen Sprache“ zwischen Privaten erging.

b) *Kein positiver Befund der historischen Auslegung für den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung*

Meinungsfreiheit diene bereits nach *Rudolf Smend* dem Schutz der „*sittlich notwendigen Lebensluft des Einzelnen, die Wahrheit sagen zu dürfen*“.<sup>141</sup>

---

oben, 1994, S. 285 ff und kritisch V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, S. 91 ff.

137 J.Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962, S.101 ff und 152 ff.

138 F.Drettmann, a.a.O., S. 94: In der Weimarer Reichsverfassung wurden wirtschaftliche Sachverhalte aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art.118 WRV) ausgeklammert

139 Und weil es naheliegt, daß "er" (seine Organe und Funktionsträger) sich von dieser Macht Privater gefährdet fühlt. In extremis hat das H.Heller (Staatslehre, Tübingen, 6.rev.Aufl.,1983, S. 206,f) geschildert und deshalb die Verpflichtung des Staates (in den USA) festgestellt, korrigierend einzugreifen und die "Meinungsbildung" um dieser selbst willen *nicht* diesen Privaten zu überlassen.

140 BVerfGE 7, 198, 216 f "Lüth".

141 R.Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S.50 der in der Meinungsfreiheit nicht nur ein Einzelgrundrecht sieht, sondern auch die Freiheit der Meinungsäußerung in und mit einer Gruppe. Deshalb sei die Vereinigungs- und Versammlungswerbung von der Meinungsfreiheit umfaßt.

Die Wahrheit läßt sich nicht gegenständlich beschränken, weshalb die „wahre Rede“ über alles („thematisch universal“) geschützt werden müßte und demzufolge auch die Werbung als wahre Sprache geschützt hätte werden können. Die Rechtsrealität der Weimarer Reichsverfassung (WRV)<sup>142</sup> sah aber anders aus, wie die Kommentierung etwa von *Gerhard Anschütz* zu Art. 118 WRV belegt, die sich nicht mit dem Begriff der „Meinung“ sondern ausschließlich mit der Frage befaßt, ob das „allgemeine Gesetz“ nur die Verwaltung binde und, wenn man eine Beschränkung des Gesetzgebers bejahe, wann ein Gesetz „allgemein“ sei.<sup>143</sup>

Bei den Beratungen zum Erlaß des Grundgesetzes ist kein Bewußtsein der Verfassungsväter und -mütter nachweisbar, ob vom Meinungsschutz auch der Werbungsschutz umfaßt sein solle - oder eben nicht. Die Frage eines grundgesetzlichen Schutzes der Werbung *wurde nicht erörtert*;<sup>144</sup> nach hier vertretener Ansicht, weil es als selbstverständlich angesehen wurde, daß Werbung nicht unter die Meinungsfreiheit fällt.<sup>145</sup>

Diese Beurteilung stimmt auch mit den Diskussionen der 50er Jahre um *die* Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes überein (dazu siehe unter II 2). Wer erst eine Vorstellung über die Aussagekraft der Verfassung über kommerzielles *Tun* - auch angesichts der schwierigen Wirtschaftslage nach dem Krieg - entwickeln muß, für den ist kommerzielle *Sprache* zweitrangig.

Weder grammatisch noch historisch ist somit eindeutig, daß Werbung eine in Art. 5 Abs. 1 S. 1 geschützte „Meinung“ ist. Die Ansichten für einen meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung stützen sich deshalb auf teleologische und systematische Auslegungsargumente.

### 3. *Teleologische Auslegung der Meinungsfreiheit*

#### a) *Begriffe: „liberale“ und „institutionelle“ Betrachtungsweise*

Die Frage nach dem meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung kann nur beantwortet werden, wenn geklärt ist, welcher Telos dem Schutz der Meinung zugrun-

---

142 Art. 118 WRV lautete: "(1) Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. An diesem Recht darf ihn kein Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Recht Gebrauch macht.

(2) Eine Zensur findet nicht statt, doch können für Lichtspiele durch Gesetz abweichende Bestimmungen getroffen werden. Auch sind zur Bekämpfung der Schund- und Schmutzliteratur sowie zum Schutz der Jugend bei öffentlichen Schaustellungen und Darbietungen gesetzliche Maßnahmen zulässig."

143 G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches v. 11.8.1919, 14. Aufl., 1933, Nachdruck, 1968, Art. 118 unter 3 ff (S. 552 ff). K. Häntzschel, Das Recht der freien Meinungsäußerung, S. 651, 653 in: G. Anschütz/R. Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1932 will geschäftliche Mitteilungen vom Schutzbereich ausnehmen.

144 Siehe zusammenfassend W. Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JÖR 1 (1951), 79 ff; Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Drucksachen Nr. 850, 854), Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung am 6.5.1949, des Abgeordneten Dr. v. Mangoldt, S. 9, der die Informationsfreiheit als Ergebnis der nationalsozialistischen Erfahrungen schildert;

145 So auch F. Drettmann, a.a.O., 1984, S. 86.

deliegt. Die Meinungsfreiheit ist janusköpfig<sup>146</sup>; sie dient auf der einen Seite der sprachlichen Selbstverwirklichung des Kommunikators<sup>147</sup> und auf der anderen Seite der Initiative und Anreicherung eines kommunikativen Prozesses, der zur (Nicht-)Bildung der öffentlichen Meinung führt. Die Gewichtung beider Komponenten entscheidet über den Schutzbereich und den effektiven Garantiebereich der (werblichen) „Meinung“. Es kommt deswegen darauf an, ob Art. 5 GG eine Systemvorstellung über die Bedeutung von Sprache für die Demokratie und die öffentliche Meinung oder auch die Meinungsbildung auf dem Markt der Produkte zu entnehmen ist (hier<sup>148</sup> als „*institutionelle Betrachtungsweise*“<sup>149</sup> bezeichnet), oder ob sich die Meinungsfreiheit als Jedermannsrecht der Äußerung über alles und gegenüber jedem mittels jedes zur Verfügung stehenden Kommunikationsträgers- und -mittels charakterisieren läßt (hier<sup>150</sup> als „*liberale Betrachtungsweise*“ bezeichnet).<sup>151</sup> Es handelt sich bei dieser bipolaren Betrachtung natürlich nur um Argumentationsufer, die sich bisweilen sehr annähern. Diese Studie kann und will kein eigenständiges Kommunikationsmodell zu Art. 5 GG entwickeln.

Die vorhandenen Kommunikationsmodelle beziehen sich vor allem auf das Verhältnis der (Massen-)Medienfreiheiten des Satzes 2 in ihrem Verhältnis zur Meinungs- und Informationsfreiheit des Satzes 1<sup>152</sup> des Art. 5 Abs. 1 GG. Die große Herausforderung ist hier das Internet.

Die Darstellung begnügt sich mit der Strukturierung von Argumenten zum *meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung* durch die Einteilung in *eher* „liberale“ oder „institutionelle“ Argumentationen. Der Schwerpunkt der Darstellung ist das Aufzeigen von Weichenstellungen, *die* für die Argumentation des meinungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung entscheidend sind oder werden können.

---

146 Zur Zweiteilung der Meinungsfreiheit auch R.Scholz/K.Konrad, Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht, AÖR 123 (1998), 60, 62 ff. und Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.36.

147 R.Herzog, Maunz-Dürig., Art. 5 Rn. 51 ff.

148 "demokratiestaatlich-funktional" bei Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art. 5 Rn. 79. Im Rahmen dieser Arbeit wird der Begriff "institutionell" vorgezogen, weil er in Kontinuität mit anderen Grundrechtsinterpretationen steht; vgl. etwa P.Callies, Eigentum als Institution, S. 28 ff; V. Schmid, Die Familie in Artikel 6 des Grundgesetzes, S. 293 ff m.w.N. Allgemein W.Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529, 1532.

149 Der Begriff wird etwa für die Pressefreiheit abgelehnt von H.Ridder, in seinem Tagungsbericht: Die Pressefreiheit im Rahmen der öffentlichen Meinungsfreiheit JZ 1960, 451 f. Von institutioneller Garantie spricht auch H.Copic, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuerer Art, Untersuchungen zur Verfassungsmäßigkeit der Tatbestände und Deliktsfolgen der §§ 88-98 (inkl. § 86), 1967, S.23 f.

150 "individualrechtlich-liberal bei Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.79.

151 So bereits Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.36.

152 Siehe die Übersicht bei Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.60 - 77.

b) „Liberale“ Betrachtungsweise

aa) Definitionsmacht des Kommunikators über die Meinung?

Werbung und Meinung haben identische Funktionen: Beide verbreiten einen Inhalt durch Sprache, die an andere Menschen gerichtet wird. Hat also die liberalfreiheitsrechtliche Komponente bei der Auslegung der Meinungsfreiheit Vorrang, dann kann Werbung „Meinung“ sein - **einfach deshalb, weil der Werbende bestimmt, daß es sich um seine „Meinung“ handelt.** Soweit ersichtlich wird diese **pauschale Definitionsmacht des Kommunikators weder in der deutschen Literatur noch in der Rechtsprechung behauptet.**

Auch wenn insbesondere **die** Meinungen, die ein einheitliches Kommunikations- oder Informationsgrundrecht annehmen, zum gleichen Ergebnis kommen.

**In der Literatur werden deshalb weitere Kriterien geprüft die die Meinung konstituieren und dem meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung entgegenstehen könnten.**

bb) Meinung als Element „geistiger Auseinandersetzung“; Werbung und die beabsichtigte kommerzielle Wirkung

(1) **Keine geistige Auseinandersetzung, weil die kommerzielle Sprache zu einem Tun motivieren soll.** Eine frühe Meinung sprach der Werbung den Charakter einer Meinung ab, weil sie die Ebene der „geistigen Auseinandersetzung“ verlasse und zu einem konkreten Tun - dem Abschluß eines Kaufvertrages - auffordere.<sup>153</sup> Hier ist zunächst festzustellen, daß auch Meinungen, die nicht-kommerziell sind, den Rezipienten zu einem Tun auffordern können.

Etwa zur Wahl zu gehen; zu einer Versammlung zu gehen; sein Leben zu ändern...

Zudem muß auch Werbung den „Geist“ des Rezipienten ansprechen, bevor er das beworbene Produkt kauft. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, daß diese Argumentation für Sponsoring und Public-Relations sowie Unternehmenswerbung (zur Abgrenzung 3.Kapitel I 4 g bb) aus tatsächlichen Gründen nicht überzeugt, weil hier der unmittelbare Kaufappell nicht besteht.

(2) **Keine Meinung, weil der Kommunikator mit der Werbung „keinerlei Aussagebedürfnisse befriedigt“.** Um so überraschender ist, daß der BGH in seiner Entscheidung zu der Etikettierung des Likörs als „Schlüpferstürmer/ Busengrapscher“ (Fall III, siehe im 1.Kapitel I), die Existenz einer „Meinung“ verneint, weil

„... nach der Rechtsprechung des BVerfG konstitutiv das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, **des Meinens im Rahmen der geistigen Auseinandersetzung ist ...**<sup>154</sup>. An diesem Element fehlt es jedoch vorliegend,

153 BVerfGE 21, 271 (279), BVerwG NJW 1954, 1133 (1134); BVerwGE 2, 172 (178,179); siehe auch F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.62 m.w.N.

154 Der BGH bezieht sich zur Notwendigkeit eines meinungsbildenden Inhalts auf BVerfGE 71, 162, 175, 179; BVerfG NJW 1992, 1153; NJW 1994, 3342:

weil die Werbung ... *erkennbar keinerlei Aussagebedürfnisse befriedigen, sondern allein der Förderung des Absatzes seiner Waren dienen soll.*<sup>155</sup>

Der BGH bleibt jede Begründung schuldig, warum die Abbildung eines nackten Körperteils mit dem HIV-Stempel (Fall II) „Meinung“, die Zeichnung einer leicht bekleideten Frau auf dem Etikett einer Likörflasche dagegen keine „Meinung“ sein soll. Erkennbar ist weder die konkrete Meinung zu „HIV-Positiv“ noch versenkbar die Möglichkeit („keinerlei“; siehe oben) der Meinung, daß Likör für „Busengrapscher“ und „Schlüpferstürmer“ zu empfehlen sei.

Die Phantasie des rechtsprechenden Interpreten determiniert hier die „*Meinung*“ und damit die *Eröffnung des Schutzbereichs*; und insoweit handelt es sich um die Unterschreitung des bei der nicht-kommerziellen Sprache längst üblichen Niveaus (dazu siehe unter III 6 c bb). Das Argument der „*Geistigkeit*“ als Unterscheidung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache überzeugt deshalb nicht.

- (3) *Keine Meinung, weil die Folgen der kommerziellen Sprache eine Vermögensverschiebung sind.* Eher überzeugend ist das Argument des Ertrags der Auseinandersetzung, also der „*Folgen*“ von *Sprache*. Wenn Werbung *wirkt, dann mehrt sie unmittelbar* das Vermögen des Kommunikators (*positive kommerzielle Folgen*). Bei der Werbung ist die Sprache Mittel des Erwerbs.

---

(1) Bei BVerfGE 71, 162, 175, 179 handelt es sich um ein Buch, das ein ärztlicher Verfechter der Frischzellentherapie über sein Leben und sein Anliegen - die Förderung einer Außenseitermethode - verfaßt hat, und die einem standesrechtlichen Werbeverbot widerspricht. Das BVerfG hat dieses "Werbeverbot" anhand von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geprüft und die Verfassungswidrigkeit der konkreten Anwendung des standesrechtlichen Werbeverbots bejaht.

(2) Bei der zweiten Entscheidung (BVerfG Kammerbeschl.v.4.10.1988 NJW 1992, 1153 und OLG Düsseldorf Urt.v.11.11.1986 Az. 2 U 45/86) wehrte sich der ehemalige Chefredakteur einer Presseagentur gegen den Bericht seines Arbeitgebers über die näheren Umstände der Kündigung. Zu diesem Zweck versandte er ein Rundschreiben an "50 führende Personen im Medienbereich", in dem er die seine Sicht der Umstände schilderte. Dieses Schreiben, das mit der Werbung der Fälle I-III in der Tat nicht vergleichbar ist, ist nach der Kammerentscheidung - was eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit ist - nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Die Verfassungsbeschwerde nahm das BVerfG als unbegründet nicht zur Entscheidung an; im Ergebnis hatte der Beschwerdeführer auch vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte keinen Erfolg.

(3) Bei der dritten Entscheidung (BVerfG Kammerbeschl.v.27.5.1994 NJW 1994, 3342 "Mars-Kondom") handelte es sich um Verpackungswerbung: Kondome wurden in Form eines "Mars"-Riegels auf den Markt gebracht. Den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sah die Kammerentscheidung nicht als eröffnet an, weil die Beschwerdeführerin nicht zu dem Zweck handelt

*" ... ihre Meinung über die Klägerin und deren Erzeugnisse oder Werbemethoden zu verbreiten, sondern nur eine fremde, angesehene Marke rein kommerziell zu dem Zweck genutzt hat, ein sonst nicht verkäufliches eigenes Produkt auf den Markt zu bringen. Allein diesem Zweck, nicht aber einer satirischen Auseinandersetzung mit dem Ruf oder den Werbemethoden der Klägerin habe erkennbar die verunglimpfende Verwendung der Zeichen der Kl. durch die Beschwerdeführerin gedient. Damit fällt die beanstandete Werbung von vornherein aus dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG heraus, ohne daß es darauf ankäme, ob sich aus deren Einordnung als Scherz, Witz oder Glosse und nicht nur als Satire unterschiedliche verfassungsrechtliche Ergebnisse ergäben."*

155 BGH Urt.v. 18.5.1995 GRUR 1995, 593 f.

Diese *Wirkung* von Sprache unterscheidet die kommerzielle von der nicht-kommerziellen Sprache.

Die *kommerziellen Folgen* von Sprache werden im Meinungsfreiheitsrecht bisher vor allem bei Boykottaufrufen<sup>156</sup> - also den Fällen, in denen der Kommunikator einem anderen Einnahmen entziehen will (*negative kommerzielle Wirkung*) - beurteilt und führten in der BVerfG-Rechtsprechung *bei einem eigennützigen Boykott* zur Verneinung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs:

Das BVerfG hat sich im Lüth-Urteil<sup>157</sup> bei einem *nicht eigennützig motivierten* Boykottaufruf für die Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs und den Vorrang der Meinungsfreiheit gegenüber den Absatzinteresses des Filmregisseurs Harlan entschieden. Im *Blinkfuer-Urteil*<sup>158</sup> hat es für den möglicherweise eigennützig kommerziell motivierten Boykottaufruf des Springer-Konzerns gegenüber seinen Zwischenhändlern *bereits den Charakter einer geistigen Auseinandersetzung verneint*. Der Grund, weshalb das BVerfG bei diesem Boykottaufruf davon ausging, daß die Ebene der geistigen Auseinandersetzung verlassen wurde, ist *die wirtschaftliche Macht des Springer-Konzerns, die Nichtbefolgung des Boykottaufrufs zu sanktionieren*.

Eine Mittelstellung zwischen diesen Fallgestaltungen nimmt eine „Markt-intern“ Entscheidung des BGH<sup>159</sup> ein, in der ein für Mittelstandsinteressen engagierter Brancheninformationsdienst zum Boykott der Wartung und Reparatur von Billiguhren aufrief, die eine Kaffefirma verkauft hatte. Weil es sich um einen Boykottaufruf *im Rahmen eines Wettbewerbsverhältnisses* handelte - freilich ohne die Sanktionsandrohung und -macht, die „Blinkfuer“ kennzeichnet - wurde der Brancheninformationsdienst zur Unterlassung verpflichtet (§ 1 UWG). Diese Entscheidung ist kritisiert worden, weil auch die interessengebundene Presse (Interessentenpresse, dazu siehe im 5. Kapitel II c bb) durch die *Pressefreiheit* geschützt ist und ihr Beitrag zu einem umfassenden Kommunikationsprozeß auch in einem Aufruf zu bestimmten, gemeinsamen Verhalten bestehen könne<sup>160</sup>. Es sei nur auf die *Sanktionsmacht* des zum Boykott Aufrufenden gegen Nichtbefolger abzustellen, nicht aber auf ein Wettbewerbsverhältnis (§ 1 UWG), das zwischen Kommunikator und zu boykottierenden Unternehmen bestehe. Die „freie Information über das Marktgeschehen“ sei

„essentielle Voraussetzung für eine freiheitliche Ordnung im wirtschaftlichen Bereich und bereits deshalb vom Schutzzweck des Art. 5 Abs.1 GG umfaßt<sup>161</sup>.

---

156 F.Drettmann, a.a.O., S.103.

157 BVerfGE 7, 219 instruktiv kritisiert von H.C.Nipperdey, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, S.445, 450 der Meinungsfreiheit als Faustrecht ablehnt und deshalb bei Lüth einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG, § 823 Abs.1 BGB) bejaht.

158 BVerfGE 25, 256 ff

159 BGH GRUR 1984, S.461.

160 Ch.Degenhart, Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, in H.Leßmann(u.a., Hrsg.):Festschrift für Rudolf Lukes zum 65 Geburtstag, S.287 (297 f).

161 Ch.Degenhart, Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, in H.Leßmann(u.a., Hrsg.):Festschrift für Rudolf Lukes zum 65 Geburtstag, S.287 (298).

Bereits der Wortlaut dieses Postulats offenbart die Problematik: *ein Boykottaufruf ist keine Information über das Marktgeschehen, sondern Bestandteil desselben. Er ist sehr nahe am Tun und weit entfernt von der Sprache* (dazu siehe unter III 5).

- (a) *Folgen- statt Ursprungsbetrachtung.* Den drei genannten Rechtsprechungsbeispielen ist zunächst gemeinsam, daß Sprache an ihren möglichen *Folgen* gemessen wird. Die *Wahrheit der Sprache* - ihr Ursprung und ihr Inhalt - *bestimmt* in diesen Fällen nicht die rechtliche Beurteilung. Die Wahrheit und die Bedeutung des sprachlichen Inhalts (bei „Lüth“ der Auseinandersetzungswert) wird mit den kommerziellen Folgen abgewogen. Die Wahrheit ist nicht mehr allein entscheidender Faktor für die Zulässigkeit der Meinung.
- (b) *Unterschiedlicher Schutz von Sprache, die zu Vermögensverschiebungen führt und Sprache „pur“.* Des weiteren ist den drei Entscheidungen gemeinsam, daß die Rechtsprechung bei der Instrumentalisierung von Sprache zur Erzielung kommerzieller Wirkungen (kommerzielle Vorteile für den Kommunikator (Blinkfür“), für andere („Markt-Intern“) oder kommerzielle Nachteile für andere („Lüth“ „Blinkfür“)) andere Maßstäbe anlegt, als bei „Sprache pur“.
- (c) *Bedeutung des Abstellens auf die Sanktionsmacht.* Wenn man die „Blinkfür-Entscheidung“ zugrundelegt, dann führt diese Instrumentalisierung von Sprache nur dann zur Verneinung des Schutzbereichs, wenn der Kommunikator mehr als Sprache einsetzen kann; nämlich seine wirtschaftliche Sanktionsmacht. Wenn man diese ratio auf die Werbung überträgt, dann fehlt es regelmäßig an der Sanktionsmacht des Werben den gegenüber den Personen, die seinen Kaufappell nicht befolgen. Eine solche Macht den Kaufappell der Werbung durchzusetzen hat auch der Monopolist nicht.

Allerdings ist nicht auszuschließen, daß durch die begrenzte Anzahl von Unternehmen, die werben können, faktisch ein „Kaufzwang“ geweckt wird und damit die Ebene der geistigen Auseinandersetzung verlassen wird. Besonders deutlich wird diese Werbewirkung beim Kaufverhalten Jugendlicher, die - als inzwischen allgemein beklagtes Phänomen - image- und markenhörige Verbraucher sind. Hier bildet aber die wirtschaftliche und persönliche Autorität der Eltern ein Gegengewicht, so daß der Schutzbereich der Meinungsfreiheit der Werbung allein unter Hinweis auf ihre fehlende „Geistigkeit“ nicht schlüssig versagt werden kann

cc) Meinung als Element „geistiger Auseinandersetzung“; subliminale Werbung als „Störung“

Ein weiteres Argument, das sich auf die geistige Ebene der Meinungsäußerung bezieht, ist eine in der Literatur geforderte Beschränkung der Ausdrucksform. Meinungen, die

„direkt ohne den Umweg der Überzeugungsbildung“

*zur Gefährdung anderer Rechtsgüter* beitragen, soll der Schutzbereich der Meinungsfreiheit verschlossen bleiben.<sup>162</sup>

Als Beispiel wird die Störung der Funktionen der Streitkräfte genannt, wenn Meinungsäußerungen *so laut* ergehen, daß die Kommandos von den Soldaten nicht mehr verstanden werden können.

Für die nicht-kommerzielle Sprache hat diese Betrachtung keine Überzeugungskraft, weil die *Lautstärke* von Sprache nicht über die Eröffnung des Schutzbereichs entscheiden kann. Für die kommerzielle Sprache ist die Relevanz ungleich größer. Wenn Meinungen dadurch charakterisiert werden, daß sie als solche vernommen und verarbeitet werden können, dann würde zunächst die *subliminale Werbung* (dazu 3.Kapitel I 4 a) nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen können.

Es käme dann nicht auf die im 3.Kapitel (I 4 a) geschilderten Grundrechtskollisionslagen an.<sup>163</sup> Die Versagung von Art. 5 GG würde den Rückgriff auf Art. 12 GG, der jede absatzfördernde Aktivität schützt, sperren. Einschlägig wäre dann für subliminale Werbung die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs.1 GG, deren Schrankentrias leicht überwindbar ist.

Das Abstellen auf die geistige Wirkung könnte auch für die *getarnte Werbung* (dazu siehe im 3.Kapitel II und V 7) Bedeutung haben, soweit sie die natürliche „geistige Wirkung“ zu *manipulieren* sucht.

Ein so weitgehender Ausschluß vom Schutzbereich allein mit dem Argument der „geistigen Wirkung“ ist nach hier vertretener Ansicht abzulehnen, weil es einen Schutz vor *Irreführung bei der Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs* bei der nicht-kommerziellen Sprache bisher nicht gibt. Der Manipulationsversuch müßte deshalb erst bei der Prüfung des effektiven Garantiebereichs beurteilt werden.

Es wäre für *die* Ansichten, die Werbung meinungsfreiheitlich schützen, erklärungs- und differenzierungsbedürftig, ob kommerzielle Sprache anders behandelt werden soll und etwa getarnte Werbung nicht in den meinungsfreiheitlichen Schutzbereich fällt.

---

162 H.P.Frowein, AÖR 105, 171, 178

163 wenn man von einer Spezialität des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs gegenüber Art. 12 GG ausgeht. Von Art. 12 GG könnten diese absatzfördernden Aktivitäten geschützt werden.

dd) Meinung als Meinung und Werbung als Beeinflussung?

Eine alte BVerwG Entscheidung lehnte den Meinungscharakter der Werbung mit dem Argument ab, sie habe nicht die

„Äußerung einer bestimmten Ansicht (zum Gegenstand), sondern die Beeinflussung des Käufers mit dem Ziel, ihn kaufbereit zu machen.“<sup>164</sup>

Diese Betrachtung wurde zurecht als *pauschale Unterstellung* kritisiert, weil auch ein Unternehmer subjektiv „ehrlich“ von der Qualität seiner Produkte - und natürlich erst recht von seinen Beiträgen zur Bewußtseinsänderung der Rezipienten hinsichtlich des Umweltschutzes wie in Fall I „Ölverschmutzte Ente“) - überzeugt sein könnte.<sup>165</sup>

Zudem mögen auch politische Meinungen der Beeinflussung dienen, so daß die liberale Betrachtung dazu führen muß, daß für Sprache ungeachtet ihres manipulativen Charakters der Schutzbereichs der Meinungsfreiheit eröffnet werden muß.

ee) Verbreitung von Meinungen statt Impulsen für die Meinungsbildung

(1) *Mindestinhalte der werblichen Meinung.* In der Literatur und der BGH-Rechtsprechung zu Fall III („Busengrapscher“, Schlüpfertürmer“<sup>166</sup>) wird verlangt, daß die werbliche Meinung einen Mindestinhalt aufweisen müsse. Meinungsfreiheit sei die Freiheit der *Kundgabe einer Meinung*. An dieser Kundgabe soll es bei der Trikotwerbung etwa von Fußballern fehlen, weil nur ein

„*Wahrnehmungsvorgang*, aber kein Kommunikationsvorgang ausgelöst wird“.<sup>167</sup>

Dieser *fehle auch bei der Erinnerungswerbung* (siehe auch § 11 Abs. 5 HWG), die nur ein Wort (einen Schriftzug) oder ein Firmenzeichen darstelle, weil

„nur bereits vorhandene Assoziationen und Einstellungen“ wachgerufen würden<sup>168</sup>. Auch Fälle

„*einfachster Preiswerbung liegen*, jedenfalls dann, wenn der Werbende allein seiner Preisauszeichnungspflicht nachkommen will“<sup>169</sup> außerhalb des Schutzbereichs.

---

164 BVerwG DVBl 1954, 363; siehe auch K.A.Nagel, Werbeverbote, 1993, S.114 ff. K.Braun, Werbung und Meinungsfreiheit nach Art.5 Abs.1 S.1 Grundgesetz, WRP 1982, 510

165 Th.Oppermann, Wirtschaftswerbung und Art.5 GG, Festschrift für G.Wacke, S.393, 396. Soweit der Vorwurf erhoben wird, Werbung mache den "Umworbenen zum .Hörigen" (E.Jürgens, Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, VerwArch 53 (1962), 105, 127) bezieht er sich auf die subliminale Werbung (dazu siehe im 3.Kapitel I).

166 BGH Urt.v. 18.5.1995 NJW 1995, 2486 ff "Busengrapscher"/"Schlüpfertürmer".

167 I.v.Münch, Pressefreiheit und Werbefreiheit, AfP 1974, 598, 601.

168 D.Kevekordes, Tabakwerbung, S.56. K.v.Köller, S. 160 kommt zum gleichen Ergebnis, weil Erinnerungswerbung nicht Baustein eines freiheitlichen Kommunikationsprozesses sei. In Fn.96 wird aber nur auf das Unbehagen, das die Einbeziehung "einfachster Werbefälle" verursache, verwiesen.

169 D.Kevekordes, Tabakwerbung, S.56.

(2) **Keine Mindestinhalte bei nicht-kommerzieller Sprache.** Meinungsfreiheitlich wird *bisher* nicht vertreten, daß politische Slogans oder Parteiabkürzungen *keinen Kundgabecharakter* hätten.<sup>170</sup> Der Grund dafür liegt weniger in der Achtung der Äußerungsfreiheit als vielmehr in der Gewährleistung eines möglichst ungehinderten Prozesses der Meinungsbildung. Wenn nicht die simpelsten Ausdrucksformen geschützt werden, besteht die Gefahr, daß auf dem Umweg der Einschränkung der Petitesen und wegen der Qualitätsanforderungen an eine meinungsfreiheitlich geschützte Äußerung der freie Fluß der Kommunikation entmutigt und behindert werden könnte.

(3) **Verkehrung der Maßstäbe durch den meinungsfreiheitlichen Schutz vor allem von suggestiver Werbung.** Wo die Meinungsfreiheit bisher auch minimalste, impulsgebende Sprache schützt, damit substantiierte Meinungen entstehen und geäußert werden können, führt die Übertragung dieser Ratio auf die Werbung dazu, daß die Minimalaussagen, die den höchsten Informationswert haben als geringere oder keine „Meinungen“ qualifiziert werden und diejenigen „Meinungen“, die am wenigsten zur Markt- und Meinungstransparenz beitragen, am ehesten geschützt werden.

Just diejenigen *meinungsbildenden Tatsachenbehauptungen*, die wenig irreführend, leicht verständlich und hoch motivierend sind - Preiswerbung und die Beschaffenheitsangaben auf den Lebensmitteletiketten - sollen nicht geschützt sein. Und das obwohl sie für die Mehrzahl der Unternehmen verfügbar und für die Rezipienten verständlich sind und so (gesamtwirtschaftlich) der Suche nach Wahrheit und Wahrhaftigkeit (auf dem Markt der Produkte) am nächsten kommen.

Die oben genannte Differenzierung zwischen „werblichen Meinungen“ und anderen Werbungen kann deshalb *bei der Eröffnung des Schutzbereichs* nicht überzeugen. Deswegen fordert eine Ansicht die Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs für jede Werbung.<sup>171</sup>

(4) **Verwässerung der Meinungsfreiheit durch die Erstreckung auf jede Form der geäußerten oder nicht-geäußerten kommerziellen Sprache.** Wenn jede Form der kommerziellen Sprache meinungsfreiheitlich geschützt wird, dann ist auch die Freiheit, *kommerzielle Sprache nicht äußern zu wollen*, von der parallelen, negativen Meinungsfreiheit umfaßt. Die Rechtsrealität der kommerziellen Sprache ist eine andere als bei der nicht-kommerziellen Sprache,

---

170 Überzeugend A.Hatje, a.a.O., 1994, S. 81 ff, 84. Siehe auch die Trennungsproblematik auf einem Trikot der Fußballnationalmannschaft, das den Slogan "Keine Macht den Drogen" (dann Meinung), und das "adidas" Signet (keine Meinung) aufweist (Quelle: 22.6.1994, 18 Uhr, "Premiere", in der Sendung "Schauen mer mal" ).

171 A.Hatje, a.a.O., 1994, S. 81 ff, 84. Für die Einschlägigkeit der Meinungsfreiheit auch für "Werbeaussagen einfacherer Art", H.Kresse, Wirtschaftswerbung und Art.5 Grundgesetz, WRP 1985, 536, f.

wie die Ausführungen zur Substantiierung, Information, Hinweisfunktionen von kommerzieller Sprache im 3. Kapitel (I 4 b und c ee) gezeigt haben.

Soll der Gesetzgeber bei jeder Preisauszeichnungsvorschrift und die Rechtsprechung bei der Entwicklung von Instruktionspflichten („Baby Bottle Syndrom“) immer den Eingriff in die Meinungsfreiheit prüfen, weil der Hersteller und/oder Handel gezwungen werden, *in eigenem Namen* eine meinungsbildende Angabe (die zur Kaufentscheidung (nicht) führt) über das Produkt in eigenem Namen zu machen? Der meinungsfreiheitliche Schutz der Werbung führt dann dazu, daß bei jeder betätigungseinschränkenden Maßnahme, *die in Sprache mündet*, die Meinungsfreiheit neben Art. 12 GG geprüft werden müßte. Vor diesem Hintergrund gewinnt auch die unter (1) geschilderte Differenzierungsratio, weil sie dieser Grundrechtskonkurrenz vorbeugt:

Nach hier vertretener Ansicht muß die ständige<sup>172</sup> Vernetzung der Meinungsfreiheit in das Koordinatennetz zumindest mit Art. 12 GG zu einer Nivellierung der Bedeutung des meinungsfreiheitlichen Gehalts führen. Die Meinungsfreiheit droht so zur Zitierformel zu werden, wenn nicht die Konkurrenzproblematik mit Art. 12 GG ähnlich entschieden gelöst wird, wie die Forderung nach der Öffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs für jede Werbung.<sup>173</sup>

#### ff) Meinung, Werbung und Gewinnerzielungsabsicht

Werbung könnte sich von der „Meinung“ im subjektiven Tatbestand unterscheiden, nämlich hinsichtlich der Gewinnerzielungsabsicht des Werbenden. Subjektive Schutzbereichselemente haben den Nachteil, daß sie schwer feststellbar sind und dem Grundrechtsträger auch mangels Selbstreflexion bisweilen im Wege einer Fiktion oder (widerlegbaren) Vermutung<sup>174</sup> unterstellt werden. Die Überzeugungskraft einer solchen Vermutung ist gering, weil das Risiko einer irrtümlichen Versagung des Schutzbereichs, obwohl eine zu schützende Meinung vorliegt, groß erscheint. Zudem ist mit modernen Werbeformen wie etwa dem Kultursponsoring die Entfernung von Äußerung und erhoffter Vermögensverschiebung immer größer geworden, so daß die Gewinnerzielungsabsicht des Sponsors und Kommunikators nicht nur ausschlaggebend für die Gestalt der Sprache ist.

Wenn ein Unternehmen eine Vernissage eines Künstlers oder eine Premierenveranstaltung im Opernhaus fördert und deshalb auf dem Programmheft erwähnt

---

172 Diese Verbindung ist bei der kommerziellen Sprache immer gegeben, während es bei der nicht-kommerziellen Sprache täglich viele Beispiele dafür gibt, daß Meinung ohne Bezug zu medialer Erwerbstätigkeit geäußert wird.

173 Das zu kritisierende Charakteristikum einer Ansicht, die die oben geschilderte Differenzierungsratio angreift, ist, daß überzeugende Ausführungen zur Konkurrenz von Art. 5 und 12 fehlen. A.Hatje, a.a.O., 1993, S. 95. Solange diese Anwendungsgewißheit fehlt, bleibt nur die Differenzierung im effektiven Garantiebereich von Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, und hier besteht noch eher die Gefahr, daß die Verkennung der Grenzen zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache zu Fehlbeurteilungen führt (siehe auch im 4. Kapitel III 5).

174 3. Kapitel V 4 b und 5 zur "Wettbewerbsbehandlung" bei § 1 UWG).

wird, ist die Kausalkette zwischen Werbung und Kaufentschluß des Verbrauchers für ein konkretes Produkt dieses Herstellers - aufgrund von Informationen, die sich der Verbraucher zu anderer Gelegenheit an anderem Ort noch beschaffen muß - ungleich länger als die Anpreisung des Produkts an der Verkaufsstätte. Diese durch „neuere“ Werbungsformen hergestellte Entfernung zwischen objektiv feststellbarer Werbung und Kauf hat auch Auswirkungen auf die „Unmittelbarkeit“ der subjektiven Komponente, der Gewinnerzielungsabsicht.

Zudem kennt auch die politische Meinung, ein klassischer Fall der in Art.5 Abs.1 S.1 GG geschützten Meinung, die Gewinnerzielungsabsicht. Landräte oder Ministerpräsidenten, die bei Wahlveranstaltungen *ihre* Meinung äußern, tun dies - unterstelltermaßen - *auch* in der Absicht und mit der Aussicht, Bezüge nach erfolgreicher Wahl zu erhalten. Auf die Gewinnerzielungsabsicht kann deshalb nicht abgestellt werden.<sup>175</sup>

gg) Setzen Meinungen eine Identität von Autor und Kommunikator voraus

„Meinung“ weist grammatisch auf das „Mein“ hin. Die Meinungsfreiheit solle deshalb jedem die Verbreitung „seiner“ (Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt GG), nicht aber die Verbreitung fremder Meinungen gestatten.<sup>176</sup> Voraussetzung des meinungsfreiheitlichen Schutzes wäre demzufolge die persönliche Zurechenbarkeit von Sprache.<sup>177</sup> Das ist auch die Auffassung des BVerfG in seiner Entscheidung zur Tabaketikettierung, in der es die Verpflichtung zum Abdruck von Warnhinweisen („Die EG-Gesundheitsminister ...) an Art. 12 GG gemessen hat, weil deutlich erkennbar sei, daß es sich um die Äußerung einer (für Produzenten und Handel) fremden Meinung handele.<sup>178</sup> Für das Erfordernis der Zurechenbarkeit spricht auch, daß eindeutig sein muß, wer Grundrechtsträger ist und wer für den Inhalt und gegebenenfalls die Folgen von Sprache verantwortlich gemacht werden kann.

Das BVerfG hat in einem Kammerbeschluß Schriftsätze einer Rechtsanwältin, die ausdrücklich eine eigene Prüfung des Tatsachenvortrags (eines Mandanten und anderer Zeugen) behaupteten und diesen Tatsachenvortrag bewerteten als Gegenstand der Berufsausübung der Rechtsanwältin qualifiziert. Die Auffassung eines OLGs, es handele sich um eine Meinung der Rechtsanwältin, (zu deren Unterlas-

---

175 So auch im Ergebnis, D.Kevekordes, Tabakwerbung, S.54, der Werbung deshalb als Meinung schützen will, weil Motivation und Werbeeffect schwer zu trennen seien und durch ein Ausgliederung des Schutzes der Werbefreiheit aus der Meinungsfreiheit die Meinungsfreiheit "ausgehobelt" würde. Allerdings müßten dann erst die Auswirkungen der Kumulation dargelegt werden, bevor die Gefahr einer "Aushebelung" der Meinungsfreiheit schlüssig wird.

176 Wobei das Zitat, bei dem eine fremde Meinung zum Bestandteil der eigenen wird, zum meinungsfreiheitlichen Schutzbereich gehört.

177 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.122, verweist für dieses Kriterium auf P.Lerche, Grundrechte der Soldaten, in: K.A.Bettermann u.a., Die Grundrechte, Band 4.1 S.447, 481. Die Fundstelle behandelt das Problem der Trennung von Meinungsäußerung im Status des Soldaten und privater Meinungsäußerung. Erstere soll dem Soldaten als Meinungsäußerung nicht zurechenbar sein und deshalb aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen. Schwer nachvollziehbar - in Ermangelung einer weiteren Begründung - scheint die Relevanz dieses Arguments für das Werberecht .

178 BVerfGE 95, 173, 181.

sung sie verpflichtet werden könne), hat das BVerfG als unverhältnismäßige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit qualifiziert.<sup>179</sup>

Beim Auseinanderfallen von Autor - demjenigen der die Meinung in ihrem Inhalt und der spezifischen Form der Verbreitung<sup>180</sup> gestaltet - und Kommunikator gibt es unterschiedliche Konstellationen, die hier skizziert werden sollen.

Der „Test“, den der oben geschilderte Kammerbeschluß nahelegt, ist nach hier vertretener Ansicht überzeugend: Es kommt darauf an, ob der Autor oder Kommunikator für die Sprache als eigene verantwortlich gemacht werden *will* oder ob er, wenn er (gegen seinen aktuellen Vortrag) verantwortlich gemacht wird, so in seiner Berufsausübung und/oder wirtschaftlichen Betätigung unverhältnismäßig beschränkt wird. Diese Ratio läßt sich auf Werbeagenturen übertragen, die grundsätzlich<sup>181</sup> für die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der von ihnen entworfenen Werbemittel nach außen nicht haften wollen. Wie bei der Rechtsanwältin gehört für sie die Verbreitung und Präsentation der Sprache des Klienten zur Berufsausübung.

#### **(1) Kommunikator verschweigt den Autor.**

Beispiele sind Werbeslogans oder etwa in Anzeigen abgedruckte Briefe von Politikern, die nicht erkennen lassen, daß der Slogan oder Text von Agenturen stammt, die im Auftrag „meinen“.

Die Forderung, daß der Kommunikator auch der Autor sein müsse<sup>182</sup>, wird den Realitäten genausowenig gerecht, wie die Differenzierung von Tatsache und Werturteil (dazu siehe unter III 1). Das Auseinanderfallen von *Kommunikator*, also demjenigen der die Sprache äußert und inhaltlichem *Autor*, also derjenige, der (im Auftrag) meint, ist gerade bei der politischen und parteiischen Werbung als Formen der nicht-kommerziellen Sprache verbreitet,<sup>183</sup> ohne daß man deswegen diesen Werbungen den Meinungscharakter absprechen könnte.

Wenn Meinungsfreiheit „funktionieren“ soll, dann ist gerade die Verbreitung ursprünglich fremder Meinungen, die zu eigenen werden, Kern des Prozesses, der Schutz verlangt.<sup>184</sup> Der Autor geht - diesseits des Urheberrechts - in diesen Konstellationen seiner Meinung zugunsten des Kommunikators verlustig.

#### **(2) Kommunikator zitiert einen Autor.** Meinen kann auch, wer zitiert, und so eine fremde Meinung zum Bestandteil der eigenen macht. Beim Zitat kann es sich nach der BVerfG-Rechtsprechung um eine besonders effektive Waffe im

---

179 BVerfG Kammerbeschl.v.27.6.1996 NJW 1996, 3267.

180 Wobei man hier differenzieren kann, ob es auf den Inhalt *und* die Wahl des Werbeträgers oder -mittels ankommt.

181 Hier müßte man gegebenenfalls danach differenzieren, ob die Werbeagentur das Recht ausgehandelt hat, etwa in der Anzeige mitgenannt zu werden.

182 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S. 122 m.w.N.

183 Siehe Die Zeit v. 30.7.1998 S. 19 für die Agentur, die die "Corporate Mission" des Kandidaten der SPD für das Amt des Wirtschaftsministers, J.Stollmann, betreut.

184 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.123 stellt allein auf die *Wirkung* der Meinung ab und lehnt deshalb diesen Beschränkungsversuch des persönlichen Schutzbereichs der Meinungsfreiheit ab - ohne jedoch zu erklären, ob nicht der Äußernde sich durch die Verbreitung der Werbung den auch fremden Meinungsinhalt zu eigen macht.

Meinungskampf handeln,<sup>185</sup> so daß der Kommunikator meinungsfreiheitlich geschützt ist. Darüber hinaus ist fraglich, ob andere - wie etwa die Werbeagentur - zu Kokommunikatoren werden.

Wenn die Werbung einen Hinweis auf die Agentur enthält, dann soll sie nach einer Literaturansicht mit ihrem Produkt Eigenwerbung betreiben und es sollten die allgemeinen Grundsätze<sup>186</sup> für Wirtschaftswerbung gelten. Man könnte nach hier vertretener Ansicht eher argumentieren, daß die Werbeagentur wie eine Rechtsanwältin in ihrem Schriftsatz (mit Briefkopf) eine Leistung erbringt, die *eben nicht darin besteht, selbst eine Meinung zu haben*.

Das Erfordernis der Verbreitung *eigener* Meinungen steht damit *grundsätzlich* einer Eingliederung der Werbung in die Meinungsfreiheit nicht entgegen.

(3) *Autor täuscht über den Kommunikator. Eine Meinung liegt* nach hier vertretener Ansicht nicht vor, wenn der Kommunikator zum Strohmann für den Autor gemacht wird (dazu siehe im *3.Kapitel II und V 7*). Es gehört nicht mehr zum „meinen“, wenn ein Produkt in einem Film plaziert oder Texte in der Presse lanciert werden, die als Meinung und Berichterstattung des Mediums ausgegeben werden.

*Für die Kommunikatoren, die die Medienfreiheiten genießen*, ändert die Finanzierung und Plazierung nichts am meinungs- (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG) und medienfreiheitlichen Schutz (Art. 5 S. 2 GG). Der Staat kann nicht unter Berufung auf den Tatbestand der Schleichwerbung (siehe im *3.Kapitel II*) den kommunikativen Schutzbereich für diese mediale Sprache in Art. 5 GG schließen: im Rahmen des effektiven Garantiebereichs kann dann die Trennung von Werbung und Programm eingefordert werden.

*Für den Werbenden und/oder Autor ist dieser strategische Plazierungsvorgang von „Meinungen“*, die in ein Meinungsumfeld plaziert werden, das effektivere Verbreitung verspricht, *nicht meinungsfreiheitlich geschützt*. Die strategische Positionierung von Sprechpuppen in den Medien und der Kunst trägt zur Verzerrung des Prozesses der Meinungsbildung bei. Wenn das Ziel dieses in Art. 5 GG geschützten Prozesses die Suche nach der Wahrheit (dazu siehe unter „institutionelle Betrachtungsweise“) und vielleicht auch nur die Suche nach der jeweils individuellen Überzeugung von der Wahrheit ist<sup>187</sup>, dann wird diese Suche planmäßig durch den Werbenden erschwert.

---

185 BVerfGE 71, 206, 216 bezeichnet das Zitat als besonders scharfe Waffe im Meinungskampf.

186 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S. 126.

187 Zu den Begriffen Wahrheit und Wahrhaftigkeit etwa A.Hatje, a.a.O., 1994, S. 89 ff; siehe die "quest of truth" im *4.Kapitel III 3* und die skeptischen Ausführungen von P.Häberle, Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat, 1994, S. 92 ff zum Gegensatz von Wahrheit, Wahrhaftigkeit und Politik. Ihm ist zu antworten, daß die Politik vielleicht lügen kann, der Staat aber Privaten kein Recht geben oder tolerieren kann, andere zu belügen (wenn diese sich wehren).. Selbst dieser Befund leitet aber zu der Frage über, wann eine "Lüge" vorliegt.

Die Beurteilung nach Art. 12 GG ist nach hier vertretener Ansicht bei der Eröffnung des Schutzbereichs anders zu beurteilen: dort muß vom Schutzbereich jede Sprache und Tätigkeit geschützt sein, die Absatzförderung verspricht. Es bedarf dann der Begründung, inwieweit das Allgemeinwohl oder die Grundrechte anderer dazu führen, daß solches Placement von Produkten und Sprache untersagt wird.

#### hh) Zusammenfassung

Die Auseinandersetzung mit einer liberalen Betrachtungsweise hat für die **Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs** keine grundsätzlichen Hindernisse der Subsumtion von Werbung als „Meinung“ ergeben. Deutlich wurde der Unterschied zu einem Informationsmodell des Art. 12 GG, das der Substantiierung der kommerziellen Sprache den Vorzug vor einer „kommerziellen Meinung“ gibt (siehe unter 3 b ee). Die folgende Darstellung der „institutionellen Betrachtungsweise“ verfeinert die Konturen des „meinungsfreiheitlichen“ Schutzes der Werbung.

#### c) „Institutionelle Betrachtungsweise“

##### aa) Beitrag der Meinung(sfreiheit) zur öffentlichen Meinung

Wie bei anderen Grundrechten gibt es auch bei der Meinungsfreiheit Disput über die Gewichtung von individualrechtlichen und „**institutionellen Aspekten im weitesten Sinne**“<sup>188</sup>. Die Meinungsfreiheit gewährleistet ein subjektiv-öffentliches Recht - also ein Grundrecht. Eine **unmittelbare Beiordnung** einer Instituts- oder institutionellen Garantie zum Grundrecht der Meinungsfreiheit findet sich weder **grammatisch noch systematisch in Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG**.<sup>189</sup> Dennoch ist der Zusammenhang zwischen Meinungsfreiheit, öffentlicher Meinung und (repräsentativer) Demokratie, deren Kontrolle die öffentliche Meinung wie die Meinungsfreiheit **auch** sichert, seit Jahrhunderten<sup>190</sup> offensichtlich. Eine Interdependenz zwischen der Meinungsfreiheit und der Qualität der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung **des** Staates, der sie respektiert, wie benötigt, (siehe dazu für das BVerfG unter III 6) bestreitet niemand. Die Diskussion geht um das Detail, und diese Detaildiskussion hängt nicht nur von den Koordi-

---

188 N.Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 12 ff.

189 Selbst die Beiordnung der Institutsgarantie der Presse in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wurde teilweise heftig kritisiert. H.H.Klein, Öffentliche und Private Freiheit, Der Staat 10 (1971), 145, 154 ff.

190 F.Ronneberger, Kommunikationspolitik, 1.Bd., 1978, S. 185 - 210 m.w.N. und H.Windsheimer, Die "Information" als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG, 1968, S. 19 ff mit der Beschreibung der Informationspolitik von Napoleon; Siehe etwa das Makroflußdiagramm: Charakteristika wesentlicher Theorien zur öffentlichen Meinung in der kleinen Schrift von K.H.Dehler, Langfristiger Wandel der Theorien zur öffentlichen Meinung, 1976, mit Hinweisen auf Locke, Rousseau, Tocqueville und anderen. Für den hier vertretenen Ansatz sind diese Klassiker deswegen nicht entscheidend, weil sie weder das vereinigte Deutschland mit seinem Grundgesetz am Ende des 2.Jahrtausends vor Augen haben konnten noch die technischen Entwicklungen - die nach hier vertretener Ansicht mitentscheidend sind - einbeziehen konnten.

naten der Meinungsfreiheit und der demokratischen Qualität eines Staates ab, *sondern entscheidend von der Qualität der Kommunikationsträger und -mittel*. So kann man eben erst dann von einer „*öffentlichen Meinung*“<sup>191</sup> sprechen, wenn die Meinung durch Massenkommunikationsmittel - wie das Buch - *veröffentlicht* werden kann. Die Meinung von Eliten reicht für eine „*öffentliche Meinung*“ jedenfalls nicht aus. Dieses Anfangsstadium der „*öffentlichen Meinung*“, deren weitere Entwicklung zu untersuchen, anderen Wissenschaften überlassen bleibt<sup>192</sup>, ist Geschichte. Nach hier vertretener Ansicht hat die „*öffentliche Meinung*“<sup>193</sup>, ihre endgültige Gestalt noch nicht gefunden. Die Prognose, daß wir uns in einem Zwischenstadium befinden, wird wieder durch den technischen Fortschritt - in concreto das Internet - genährt.

Im Amtsenthebungsverfahren des amerikanischen Präsidenten William Jefferson Clinton im September 1998 deutet sich die Möglichkeit einer weiteren Veränderung der Gestalt und Funktion der *öffentliche Meinung an*. Zum einen könnte es in Zukunft möglich sein, daß durch Internet weite Themenbereiche der Volksabstimmung eröffnet werden und insoweit eine Repräsentation viel eingeschränkter stattzufinden braucht als bisher. Das jedenfalls deutet sich in den USA an, wo der für das Amtsenthebungsverfahren des Präsidenten zuständige Ausschuß vorläufig nur über die Mitteilung *seines* Wissens an die Rezipienten über Internet entschieden hat<sup>194</sup> - und nicht in der Sache. Das Vorgehen in den USA deutet auch die Instrumentalisierung der öffentlichen Meinung durch diesen Ausschuß an: die Wahrscheinlichkeit, daß das Fehlverhalten des Präsidenten tatsächlich zu einer

191 Zur Entwicklung und zum Begriff der öffentlichen Meinung J.Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962, S.15, 76 der als Wurzeln die englische Politik an der Wende zum 18.Jahrhundert sieht. Wie sehr ein Telos die Grundrechte prägen kann zeigt auch M.Hartwig, Die diskurstheoretische Begründung der Grundrechte, in: Ch.Grabenwarter u.a. Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, S.25, 32, der die diskurstheoretische Begründung von Grundrechten nur für eine beschränkte Rechtsgemeinschaft, die Bürger, beschränken will. Menschenrechte für "Außenstehende", die außerhalb der Diskursgemeinschaft stehen, könnten so nicht begründet werden. Er verkennt insoweit, daß der Diskurs gerade die Einbeziehung aller fordern könnte, der Verfassungsgeber sich für die Meinungsfreiheit explizit anders entschieden hat und daß die Möglichkeit der Teilnahme am Diskurs, die durch das Jedermann- und Menschenrecht Meinungsfreiheit in Art. 5 GG gewährleistet ist, den Ausschluß von der politischen Partizipation prozedural rechtfertigen könnte. Kommunikation und Partizipation müssen nicht zwingend den gleichen Personen zustehen. Mit diesen Argumenten setzt er sich wegen seiner Skepsis gegenüber der Diskurstheorie, die "ihre Wirkung erst entfaltet, wenn ein Diskurs stattfindet" ("Hypothetischer Imperativ") nicht auseinander ; S.37.

192 W.Bauer, Die öffentliche Meinung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Ein Versuch, 1914, der auf S. 102 ff das Verhältnis von Staat und öffentlicher Meinung schildert und auf S. 326 prophetisch endet: "Wer die öffentliche Meinung zwingen will, muß zwar selber in den Anschauungen des Volkes wurzeln, darf ihnen aber nicht verfallen und mit seinem Denken in ihnen untergehen. Das Wort zu finden, das in der Köpfen der Masse als dumpfe Sehnsucht bisher geschlummert hat, ist *Sache des großen Agitators*. Wer aber auf den geschichtlich gewordenen Einrichtungen eines Volkes oder Staates fußend, ....das Wohl der Gesamtheit vor Augen hat, dem kann die zum Schlagwort gewordene, auf rationaler Grundlage ruhende öffentliche Meinung, mag sie sich noch so wild gebärden, nichts anhaben. Sie muß ihm früher oder später doch folgen. Stärker als sie ist als eben der g r o ß e S t a t s m a n n . F.Ronneberger, Kommunikationspolitik, 1.Band, 1978, S. 181 ff.

193 Siehe auch J.Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962, S.76, der daraufhinweist, daß es eine bürgerliche Öffentlichkeit - im Gegensatz zu einer höfisch-repräsentativen oder einer literarischen Öffentlichkeit - erst seit Ende des 17.Jahrhunderts gibt.

194 FAZ v. 14.9.1998, S. 12 und FAZ v. 19.9.1998, S. 1.

Amtsenthörung führt, wird derzeit nicht als hoch eingeschätzt. Die Wirkung, die die Mitteilung der Untersuchungsergebnisse des Sonderermittlers über Internet hat, die Stimulierung der öffentlichen Meinung, könnte dieses Verfahren per se ersetzen, weil die öffentliche Meinung (auch im Ausland) den Präsidenten durch die Bekanntgabe der Details des *anhängigen Verfahrens* für nicht mehr *amtsfähig* er- und beachtet und informell zum Rücktritt zwingt. Das Internet läßt es auch als möglich erscheinen, daß sich nationale öffentliche Meinungen „globalisieren.“<sup>195</sup>

Die Erkenntnis über den gegenwärtigen „Aggregatzustand“<sup>196</sup> der öffentlichen Meinung ist genauso bescheiden wie mühsam erlangt: weder ist eindeutig, wieviele öffentlich eine Meinung über wieviel Gemeinsames haben müssen<sup>197</sup> noch ist eindeutig, was *die* öffentliche Meinung bewirkt.<sup>198</sup> Einigkeit herrscht aber, daß es eine öffentliche Meinung gibt und daß diese notwendig ist.

Von den vielen Definitionsversuchen befriedigt - soweit ersichtlich - keiner, und das ist eine Folge der eingangs angesprochenen Kategorisierungsresistenz von Sprache (siehe 2.Kapitel I). Die in der Kommunikationswissenschaft und Demoskopie vertretenen Definitionen sind aus der Sicht des Art. 5 GG unbefriedigend:

„Öffentliche Meinung ist eine Meinung in wertbesetzten Bereichen (Erg. was wertbesetzt ist, entscheidet die öffentliche Meinung), die ohne Furcht vor Sanktionen öffentlich ausgesprochen werden und auf der sich öffentliches Handeln gründen kann“.<sup>199</sup>

Bei diesem Definitionsansatz wird die Kontrollfunktion der öffentlichen Meinung für die Staatsorgane vernachlässigt. Ein anderer Definitionsansatz stellt auf die kommunikationsstrategisch begehrten „opinion leaders“ ab:

„öffentliche Meinungen als herrschende Meinungen unter den Öffentlichkeitsakteuren, also denen die das Publikum wahrnehmen kann“.<sup>200</sup>

Ein Staat und eine Rechtswissenschaft, die die öffentliche Meinung zu definieren versuchen, machen vielleicht selbst den ersten Schritt zu einer Steuerung und gefährden so die „öffentliche Meinung“ per se. Was sich der Definition en Detail

---

195 Zur These vom Unterschied der öffentlichen Meinung in unterschiedlichen Staaten noch F.Tönnies, Kritik der öffentlichen Meinung, 1922, S. 321- 435.

196 So schon F.Tönnies, Kritik der öffentlichen Meinung, 1922, S. 133-139 zur fehlenden Statistik konkreter "öffentlicher Meinungen".

197 R.Zimmerling, Öffentliche Meinung, Öffentlichkeit und repräsentative Demokratie, In: W.Krawietz/G.H.v.Wright, Öffentliche oder private Moral, Festschrift für E.G.Valdés, 1992, S. 259, 266 mit Überlegungen zu "eine" und "die" öffentliche Meinung. F.Neidhart, Öffentlichkeit, Öffentliche Meinung, Soziale Bewegung, Sonderheft 34 Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, S. 7, "öffentliche Meinungen als herrschende Meinungen unter den Öffentlichkeitsakteuren, also denen die das Publikum wahrnehmen kann". Dieser enge Begriff der öffentlichen Meinung hängt von der Effektivität der "öffentlichen Meinung" ab; er muß sich also an der Gefolgschaft des Publikums oder der Attackierten oder Belobigten (die dadurch in Abhängigkeit zum "opinion leader" geraten) messen lassen und wiederum an deren Einfluß.

198 Wie mühsam, teuer und erreichbar der (überzeugende) empirische Beweis ist, zeigt auch B.Peters, Der Sinn von Öffentlichkeit, in: Sonderheft 34 Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, S.42, 63 ff.

199 E.Noelle-Neumann, Öffentliche Meinung, Erw.Aufl., 1991, S. 13 ff zur Hypothese der Schweigespirale und S. 323 ff in problemorientierter Zusammenfassung.

200 F.Neidhart, Öffentlichkeit, Öffentliche Meinung, Soziale Bewegung, Sonderheft 34 Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, S. 7.

entziehen soll, wird nach der BVerfG-Rechtsprechung und der Literatur als **Kommunikationsprozeß geschützt**.<sup>201</sup>

Die in Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsäußerung wird so zum Bestandteil und zur grundrechtlichen Absicherung des Prozesses der freien Bildung der öffentlichen Meinung, wie es die Art. 12, 14 und 2 GG für die Bildung von freien Märkten sind.<sup>202</sup>

bb) Prozeßrecht statt „Auseinandersetzungswert“; das Verbot der Bewertung von Meinungen

Die Erkenntnis von der thematischen Universalität der Meinungen, die einem öffentlichen Meinungsbildungs- oder Kommunikationsprozeß zugrunde liegen sollen, scheint **für** die Einbeziehung der Werbung zu sprechen. **Grundsätzlich** ist der Wert der Meinung für die Eröffnung des Schutzbereichs irrelevant. Bei der Meinungsfreiheit hat der Verfassungsgeber durch den Schutz in Art.5 GG entschieden, daß jede Meinung, unabhängig von ihrem kurz- oder langfristigen Folgen - Nutzen oder Schaden - **für die öffentliche Meinung** schützenswert ist. Das kommt in den Worten des BVerfG zum Ausdruck:

„Eine Differenzierung nach der **sittlichen Qualität** der Meinungen oder ihrer **Wirkung auf andere** wäre auch unvereinbar mit der grundlegenden Bedeutung (erg. der Meinungsfreiheit)“.<sup>203</sup>

Gerade mit dieser Versagung einer staatlichen (richterlichen) Nützlichkeitskontrolle der einzelnen Meinung wird der Schutz der individuellen Meinungsfreiheit **und** der öffentlichen Meinungsbildung bezweckt.

**Unvereinbar** mit dieser Aussage des BVerfG ist bereits der **Wortlaut** des § 1 UWG, der gerade diese **sittliche Qualität** (§ 1 UWG) der kommerziellen Sprache fordert (- und zwar diesseits des Schutzes von Jugend und Ehre (Art. 5 Abs. 2 GG)). **Unvereinbar** mit dieser Ablehnung einer **Wirkungsbeurteilung** von Sprache ist die BGH-Rechtsprechung in Fall I („Ölverschmutzte Ente“), in der eine vorgebliche „Meinung“ deswegen untersagt wird, weil nicht ausgeschlossen ist, daß sie Sympathie für den Kommunikator weckt (dazu siehe unter III 6).

Weil es sich bei der Meinung um einen Baustein der „öffentlichen Meinung“ handelt, dürfen also Meinungen vom Staat - **jedenfalls was die Eröffnung des Schutzbereichs angeht** - nicht bewertet werden.<sup>204</sup>

---

201 "Öffentliche Meinung" wird weder als statistisch erfassbare Mehrheitsmeinung, noch als staatlich (öffentlich) oktroyierte Meinung oder als Meinung die sich im Grundgesetz nicht vorhandenen plebiszitären Aktionen erschöpft, begriffen, sondern es blieb angesichts der Definitionsungewißheit das *Prozeßrecht* einer freien Meinungsbildung. K.v.Köller, a.a.O., S.105, 109-115 unter Hinweis auf A.Arndt, Öffentliche Meinung, S.3 ff. A.Schachtschneider, Res publica res populi, 1994, S. 602 (604), der den Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung als "diskursive Amtshilfe des einzelnen Bürgers für die staatlichen Amtswalter, die Vertreter aller Bürger" bezeichnet.

202 H.Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 56 ff zur extensiven, ungeschichtlichen Interpretation der Grundrechte.

203 BVerfGE 30, 336 (347) "GjS".

Damit sind Vorschläge schwer vereinbar, die bei der Werbung die Differenzierung zwischen meinungsfreiheitlich und nicht meinungsfreiheitlich geschützter Werbung verlangen (siehe etwa unter b ee) - auch wenn diese mit zutreffenden Angaben erfolgt.

Allerdings kommt auch das BVerfG nicht umhin, die Nützlichkeit einer Meinung in seinen Entscheidungen zu bewerten. Das staatliche und gesellschaftliche Interesse am Inhalt einer Meinung bestimmt das *konkrete* Ausmaß des Meinungsschutzes, des *effektiven Garantiebereichs*. Zwar ist abstrakt für jede Meinungsäußerung der Schutzbereich eröffnet, konkret kommt die „Vermutung der freien Rede“ nur Äußerungen zu Themen zugute, die die „Öffentlichkeit in hohem Maße interessieren“.<sup>205</sup> Damit rekuriert das Gericht wieder auf ein materielles, inhaltliches Kriterium - wenn auch „nur“ für die Ermittlung des *effektiven Garantiebereichs* und nicht des *Schutzbereichs*. Das wird selbstverständlich von einem Anhänger einer prozessualen Betrachtungsweise kritisiert<sup>206</sup> ohne aber zu erklären, wie denn Verhältnismäßigkeitsprüfungen und Grundrechtskollisionen *sonst* durchgeführt und gelöst werden können. Dieses Bewertungsverbot von „Meinung“ bei der Eröffnung des Schutzbereichs - hier als „*meinungsfreiheitliches Neutralitätsprinzip*“ bezeichnet - wird durch die bisher vorherrschende Behandlung der kommerziellen Sprache konterkariert.

cc) Werbliche „Meinungen“: Gebot der Bewertung der Nützlichkeit der Werbung für die öffentliche Meinung und die Effektivität staatlicher Lenkung

Auch für die „institutionelle Betrachtungsweise“ zur kommerziellen Sprache und Werbung gibt es einen Vertreter in der Literatur, der den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung damit begründet, daß sie für die *öffentliche Meinungsbildung wie die nicht-kommerzielle Sprache nützlich* sei und deshalb *einen (abgestuften) meinungsfreiheitlichen Schutz beanspruchen könne*. Im Unterschied zu jüngeren Ansichten, die das pauschal behaupten, nennt er folgendes Beispiel.

Der Umweltschutz und die Energiesparpolitik seien Anliegen der Parteien und Politiker. Anbieter von Energiespargeräten, die über deren „Vorhandensein, Eigenschaften und Vorteile“<sup>207</sup> informierten seien Elemente einer (staatlichen) umweltpolitischen Strategie, die ein ziel- und zweckorientiertes Verhalten der Bevölkerung herbeiführen will. Diese politische und staatliche „Meinung“ sei ohne die kommerzielle Werbung ineffektiv, weil sie ein an der „Praxis vorbeizielendes

---

204 Dieses Bewertungsverbot von Meinungen ist bei einer institutionellen Betrachtungsweise Ausfluß des Schutzes des Prozesses der Bildung der öffentlichen Meinung, die nicht durch Anforderungen an die Qualität der Meinung behindert werden soll.

205 „Beiträge zur Auseinandersetzung in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage genießen stärkeren Schutz als Äußerungen, die lediglich der Verfolgung privater Interessen dienen“ BVerfGE 66, 116, 139 "Wallraff"; BVerfGE 82, 272, 281 "Zwangsdemokraten"; BVerfGE 54, 129, 137 "Kunstkritik"; BVerfGE 28, 191, 202 "Amtsträger"; BVerfGE 7, 198, 216 f "Lüth".

206 K.v.Köller, S.119; der aber auf S.247 zugesteht, daß der Kommunikation nicht in allen Bereichen gleiche Bedeutung zukomme.

207 K.Braun, Werbung und Meinungsfreiheit nach Art.5 Abs.1 S.1 Grundgesetz", WRP 1982, S.510, 513.

Abstraktum“ darstelle.<sup>208</sup> Die Inhalte, die bei der politischen, regierungsamtlichen und parteilichen Sprache zu schützen seien (*Energiesparpolitik der Parteien, der Regierung und der Verwaltung*), dürfe bei einem privaten Grundrechtsträger (Werbung für Energiespargeräte) nicht geringer geschützt werden.<sup>209 210</sup>

Wie bestimmend hier *Utilitaritätserwägungen* in das Meinungsfreiheitsrecht einziehen, wird am Gegenbeispiel deutlich, nämlich einer Beurteilung des meinungsfreiheitlichen Schutzes für eine Stromverbrauchswerbung. Vorstellbar ist eine Werbung europäischer und außereuropäischer Stromanbieter, die inzwischen deutsche Kunden beliefern können und für den Verbrauch von *mehr* Energie etwa so werben:

„Unser Strom wird aus Atomkraftwerken gewonnen. Wir produzieren mehr, als wir absetzen können. Sie können deshalb mehr von der Luxusenergie Strom verbrauchen und auch in Zukunft ohne schlechtes Gewissen Haushaltsgeräte<sup>211</sup> kaufen, die *nicht energiesparend* sind. Der Anschaffungspreis für diese Geräte ist günstiger und wir werden auch in Zukunft dafür sorgen, daß wir durch eine bessere Auslastung unserer Produktionskapazität und unsere Netze ihnen preiswerteren Strom zur Verfügung stellen. Ihre Stromversorger unterstützen Sie beim Sparen und bei einem luxuriöseren Leben.“

Sollen solche „Meinungen“ bereits aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG ausgegliedert werden, weil sie mit dem Umweltschutzstaatsziel (Art. 20 a GG), *das den Staat* verpflichtet, nicht konform gehen.

Für Art. 12 GG wäre diese Betrachtung beim Schutzbereich irrelevant, weil jede absatzfördernde Sprache umfaßt ist.

Soll solchen, zutreffenden „Meinungen“ der effektive Garantiebereich der Meinungsfreiheit verschlossen bleiben? Aus meinungsfreiheitlicher Sicht muß die Wahrheit geäußert werden dürfen! Die Einbeziehung der Werbung in die Meinungsfreiheit verlangt deshalb einen hohen Preis; nämlich die Preisgabe des Prinzips der Wahrheit, das schon *Smend* gefordert hat. Das Beispiel lenkt auch den Blick auf die Unterschiede bei der Behandlung von kommerzieller und nicht-

---

208 a.a.O., 513. Vielleicht ist gerade Bestandteil und Voraussetzung eines extensiven Meinungsschutzes, daß Meinungen abstrakt sind - und damit grundsätzlich wenig rechtsgütergefährdend für Rechte anderer als Werbung für konkretes Tun (siehe unten bb).

209 a.a.O.

210 Aus einer liberalen Betrachtungsweise könnte man. grundsätzlich gegen dieses Beispiel argumentieren, daß das Energiespar-Beispiel systemwidrig bei der Frage nach dem Nutzen von Sprache (hier der Werbung) für die öffentliche Meinung ansetze. Selbst wenn man diese Prämisse, die hier der "institutionellen Betrachtungsweise" zugerechnet wird, akzeptiert, käme es immer noch auf ein Einzelfallbetrachtung des tatsächlichen Nutzens für die öffentliche Meinung an. Die Beantwortung setzt grundsätzlich den Nachweis voraus, daß überhaupt informiert wird - und nicht nur ein "Spart Energie durch... Verwendung des energiesparenden Geräts X"-Schlager gesungen wird; daß zutreffend informiert wird und daß über etwas informiert wird, das als Bestandteil der öffentlichen Meinung "gewünscht" wird. Siehe nunmehr auch die gemeinschaftsrechtliche Etikettierungsrichtlinie und der deutsche Umsetzungsakt.

211 Ein Blick in einschlägige Kataloge macht deutlich, daß Kühlschränke, Gefriertruhen, Geschirrspül- und Waschmaschinen mit niedrigem Stromverbrauch regelmäßig teurer sind als energieintensivere Geräte.

kommerzieller Sprache. Die bisher von Art. 5 GG geschützten Meinungen werden nur im Ausnahmefall einer *Folgenbetrachtung* unterzogen; bei der kommerziellen Sprache ist das *die Regel*.

Ohne Berücksichtigung des Wahrheitsgehalts der oben geschilderten Werbung könnte ein Gesetz gegen Stromverbrauchssteigerungswerbung ergehen; ohne Berücksichtigung des Wahrheitsgehalts von Tabakwerbung erließ die Europäische Gemeinschaft ein Verbot der Tabakwerbung. Die *Folgen* dieser Werbungen für die Umwelt und die Ökonomie (des Gesundheitswesens) sind der Grund für diese Beschränkungen von Werbung.

Das Beispiel wiederholt die These, daß die Integration der Werbung in die Meinungsfreiheit allenfalls einzelfallbezogen durch die Indienststellung für die öffentliche Meinung begründet werden kann.

dd) Vernachlässigung der Rezipienteninteressen als Voraussetzung eines Prozesses der öffentlichen Meinungsbildung

Die prozessuale Betrachtungsweise bei der „öffentlichen Meinung“ setzt sich auch bei der in Art. 5 Abs. 1 geschützten Meinung einzelner Grundrechtsträger fort. Zum einen dadurch, daß eine Inhaltskontrolle von Meinungen bei der *Prüfung der Eröffnung des Schutzbereichs* („*thematische Universalität*“<sup>212</sup>) grundsätzlich nicht stattfindet (wenn es sich um zutreffende Sprache handelt) und zum anderen durch die Idee, daß die Meinungsfreiheit eine *Freiheit zur dynamischen Änderung von Meinungen ist. Meinungs-, Informations- und Medienfreiheiten ergänzen sich als grundrechtlich geschützten Säulen eines Diskurssystems*.<sup>213</sup> Umstritten ist, und das wird in den folgenden Abschnitten (siehe unter V) zu vertiefen sein, inwieweit *die Rechte der negativen Rezipienten* ebenfalls in dieses Diskurssystem integriert werden können oder müssen: Wenn Art. 5 GG als „*Kommunikatorfreiheit*“<sup>214</sup> bezeichnet wird, dann liegt es nahe, den Rezipienten auch zuzumuten, Meinungen, die sie verabscheuen<sup>215</sup>, zu tolerieren. Der Grund für diese Vernachlässigung des Schutzes der Rezipienteninteressen ist das Interesse an der Bildung der öffentlichen Meinung, die idealiter auf Interaktion und nicht auf einseitiger Selbstdarstellung - wie die Werbung - beruht. Meinungsfreiheit beinhaltet nach dieser Betrachtung materiell eine Toleranzkomponente.

Zu prüfen sein wird, inwieweit diese Toleranzkomponente beim Schutz- und effektiven Garantiebereich der Werbung als Form der kommerziellen Sprache genauso zu bewerten ist wie bei nicht-kommerzieller Sprache. Nach der BGH-Rechtsprechung in den Fällen I, IIa und III (Ölverschmutzte Ente, HIV-Positive und Busengrapscher) unterscheidet sich die Werbung von anderen Meinungen (siehe unter V).

---

212 K.v.Köller, a.a.O., S. 117.

213 K.v.Köller, a.a.O., S.119 f.

214 W.Hoffmann-Riem, in Alternativkommentar, 1989, Art.5 Abs.1,2 Rn.32 ff.

215 J.Hellesnes, Toleranz und Dissens, Diskurstheoretische Bemerkungen über Mill und Rorty, in: K.O.Apel/M.Kettner, Zur Anwendung der Diskursethik in Politik und Wissenschaft, 1992, S.187, f.

ee) Chancengleichheit („personelle Universalität“)

Die auch in der BVerfG-Rechtsprechung zu erkennende Förderung von Meinungen, die sich auf die Öffentlichkeit besonders interessierende Sachverhalte beziehen, ist durch das komplementäre Verhältnis von Repräsentativ- und Mehrheitsdemokratie zur Meinungsfreiheit erklärbar. Da die Meinungsfreiheit zunächst ein Baustein des Prozesses der Bildung der öffentlichen Meinung ist, kommt es für die Einbeziehung von Werbung entscheidend darauf an, ob die Grundrechtsträger am *werblichen Meinungsmarkt* in vergleichbarer Weise wie beim *nicht-kommerziellen Meinungsmarkt*<sup>216</sup> - der „öffentlichen Meinung im herkömmlichen Sinne“ teilnehmen können („*personelle Universalität*“<sup>217</sup>). Die Probleme von Chancengleichheitsbetrachtungen beginnen bereits bei der Abgrenzung der Märkte; unterstellt wird nämlich, daß es einen *kommerziellen und einen nicht-kommerziellen Meinungsmarkt* gibt. Allein hieran kann man schon zweifeln, weil Sprache diesen Dualismus genauso überwinden wie beanspruchen kann.

Es erscheint überhöht zu glauben, daß es neben der öffentlichen Meinung nicht private, branchenspezifische, wissenschaftliche oder künstlerische Diskurse gibt, die *nicht an der öffentlichen Meinung teilhaben* oder *teilhaben wollen*. Es sind auch Diskurse vorstellbar, die gerade den Anspruch erheben, nicht-kommerziell bleiben zu wollen.<sup>218</sup>

Die kommerzielle Sprache erfolgt regelmäßig mit dem Anspruch der Bedeutung auch für den nicht-kommerziellen Meinungsmarkt - die „öffentliche Meinung“ - weil sie entweder über Massenmedien oder in einer Anzahl (etwa Verkaufsprospekte) verbreitet wird, die die Öffentlichkeit erreichen kann und soll. Neben der Problematik der Marktabgrenzung zwischen „öffentlicher Meinung“ und dem Meinungs- und Informationsangebot auf dem Produktmarkt wird auch deutlich, daß es um unterschiedliche Chancengleichheitsbetrachtungen geht:

- so der Kommunikatoren und Rezipienten (dazu siehe unter V);<sup>219</sup>
- so der Mitbewerber untereinander, also derjenigen, die von ihrer werblichen „Meinungsfreiheit“ Gebrauch machen und anderen, die in den Massenmedien schweigen („negative werbliche „Meinungsfreiheit““);
- und es stellt sich, falls die Abgrenzung von „kommerziellen und nicht-kommerziellen Meinungsmärkten“ nicht gelingt, die Frage der Veränderung der

---

216 Gegen die Idee eines funktionierenden Meinungsmarktes siehe auch die Kritik von E.Grabitz, Freiheit und Verfassung, 1974, S.188, 190, der darauf hinweist, daß der Austausch der Argumente in einer Massengesellschaft wirksam nur durch machtpolitische Organisation erfolgt. Diese Organisation ist bei Unternehmen bereits vor dem Eintritt in den Meinungsmarkt vorhanden; sie werden nicht durch ihre Meinung konstituiert, wie etwa die Parteien.

217 K.v.Köller, a.a.O., S. 117.

218 So Th.Vesting, Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, AÖR 122 (1997), 337, 364 ff, der bei ehrverletzenden Äußerungen danach unterscheiden will, wie öffentlich sie waren.

219 Siehe für den Ehrenschatz G.Gounalakis/H.Rösler, Ehre, Meinung und Chancengleichheit im Kommunikationsprozeß, 1998, S. 128 ff zur Chancengleichheit von Rezipient und Kommunikator.

Chancen- und gegebenenfalls der Chancengleichheit auf *dem einen* Meinungs- und Informationsmarkt.

Bereits durch den Begriff „nicht-kommerzieller Meinungsmarkt“ wird deutlich, daß es sich hier nicht um eine statische Beschreibung, sondern im Idealfall um ein ständiges Bemühen um Konsens und Dissens geht.<sup>220</sup> Die Beiträge zur „öffentlichen Meinung“<sup>221</sup> erfolgen in der *Systematik* des Grundgesetzes - und damit unterscheidet es sich von der „freedom of speech“ der amerikanischen Verfassung - aus *hauptsächlich* (siehe auch Art. 4, 8, 9 GG) drei Quellen:

*(1) Meinungen natürlicher und juristischer Personen (Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt.GG, Art.19 Abs.3 GG);*

*(2) Meinungen der und Berichterstattung durch die Medien (Art.5 Abs.1 S.1 1. und 2.Alt.GG)<sup>222</sup>*

*(3) Beiträge der Parteien (Art.21 Abs.1 S.1 i.V.m. Art 5 Abs.1 GG), denen die Mitwirkung bei der politischen Willensbildung des Volkes anvertraut ist.*

Art. 5, 19 Abs. 3 und Art. 21 GG könnten ein Organisationsmodell bilden, dessen Wertungen durch die Integration von Werbung durchbrochen wird. *Werbung ist eine „Meinungsform“, die grundsätzlich nur im Umfang der Zahlungskraft des Kommunikators durch die Medien transportiert wird.* Unternehmen *ohne* hinreichenden Werbeetat oder aufsehenerregende Innovations- (siehe etwa die Berichterstattung über das Potenzmittel „Viagra“) oder Wirtschaftskraft (siehe etwa die aktienmotivierte Berichterstattung über „Telekom“), die die Medien zur Berichterstattung motiviert, haben keinen Anteil am (werblichen) Meinungsmarkt.<sup>223</sup>

Dieses faktische Ungleichgewicht ist aus der Perspektive von Art. 12 GG hinzunehmen: der Staat kann, will und muß die Teilnahme und den Erfolg am Markt (der Produkte) nicht garantieren.

Aus der Perspektive des Art. 5 GG könnte die Notwendigkeit des „advertise or perish“ („wer nicht wirbt, stirbt“) die Prinzipien der negativen Meinungsfreiheit verletzen.

---

220 M.Foucault, Die Ordnung des Diskurses, 1974, S.8: "Denn der Diskurs ... ist nicht einfach das, was das Begehren offenbart (oder verbirgt): er ist auch Gegenstand des Begehrens ; und der Diskurs... ist auch nicht bloß das, was die Kämpfe oder Systeme der Beherrschung in Sprache übersetzt: er ist dasjenige, worum und womit man kämpft; er ist die Macht, deren man sich zu bemächtigen sucht."

221 Herzog, Art.5 Rdn.6 in Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz; H.Ridder, Die Meinungsfreiheit, in: Die Grundrechte, 243 ff; zum Begriff der öffentlichen Meinung im Sinne eines Meinungsspektrums R.Zimmerling, Öffentliche Meinung, Öffentlichkeit und repräsentative Demokratie, S.259, 267 in: W.Krawietz/G.H. von Wright, "Valdes Festschrift".

222 Der rechtlich wenig aussagekräftige Begriff der "Medien" wird hier verwandt, um die Unterschiede der Konzentrationskontrolle bei unterschiedlichen Medien wie Presse oder Rundfunk nicht in den Vordergrund der Darstellung zu rücken, vgl...

223 Die Argumentation eines Graffiti Sprayers ("writers"): "Uns fragt doch auch niemand, ob die ganze Stadt mit Werbung zugeknallt werden darf... wenn writer etwas besprühen, gelten sie als Kriminelle. Leute aber, die alles mit Plakaten vollhängen, dürfen das, weil sie Geld haben; Das Berliner Magazin TIP 9/1995,S.71, 73.

Die Frage, ob Art.5 Abs.1 GG ein Organisations- und Distributionsmodell zu entnehmen ist, muß für jede Quelle differenziert geprüft werden:

(1) *Meinungen der natürlicher und juristischer Personen (Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt.GG, Art.19 Abs.3 GG)*. Bei der ersten Quelle herrscht besonders auf dem ideellen Meinungsmarkt natürlicher Personen<sup>224</sup> grundsätzlich *Chancengleichheit*, die um so leichter zu bejahen ist als die Wirkung der individuellen Meinungsäußerung ohne Transport durch (Massen)Medien eher gering zu veranschlagen ist.

(2) *Meinungen und Berichterstattung durch die Medien (Art.5 Abs.1 S.1 1. und 2.Alt.GG)* Die zweite Quelle ist die strategische Option und Ebene, die darüber bestimmt, ob eine Meinung Chancen hat mächtig zu werden.

(a) *Ausschluß von Meinungen vom Meinungsmarkt wegen mangelnder finanzieller Mittel*. Die bestimmende Teilhabe am (nicht-kommerziellen) Meinungsmarkt kostet Geld und es wurde bereits früher diskutiert, daß Grundrechtsträger aus einer bestimmten Schicht, die nicht über die notwendigen finanziellen Mittel verfügen, vom Prozeß der öffentlichen Meinung ausgeschlossen sind. Sie können kein Medienunternehmen gründen und sind deswegen auf einen geringeren Anteil am Informations- und Meinungsmarkt beschränkt.<sup>225</sup> Man versucht diesen möglichen Verlust an „Input“ für die öffentliche Meinung durch die Erwägung zu rechtfertigen, daß es sich um eine faktische Ungleichheit handelt, die auf Grundrechtsebene nicht ausgeglichen, sondern allenfalls durch andere Grundrechtsgewährleistungen kompensiert werden kann - wie etwa die Versammlungs- oder der Vereinigungsfreiheit.<sup>226</sup>

Solche „Kompensationsmöglichkeiten“ stehen dem Wirtschaftsunternehmen, das geringe oder keine Werbebudgets hat, grundsätzlich *nicht* offen; allein durch eine hervorragende oder innovative Qualität der Produkte, die für den Verbraucher auch wahrnehmbar sein muß,<sup>227</sup> kann es unter Umständen die (positive)<sup>228</sup> Medienaufmerksamkeit erregen und so ohne Werbungskosten den Bekanntheitsgrad steigern. Die „Kompensations-

---

224 Bei der Werbung könnte bereits hier ein Unterschied bestehen, weil etwa die Anbringung von Werbeschriften an der Verkaufsstätte selbstverständlich abhängig von der finanziellen Leistungskraft des einzelnen Unternehmens ist. Es handelt sich eher um ein Frage des Mediums, weil auch bei ideellen Meinungen Individuen unterschiedliche Medien zu Verfügung stehen - Schreibmaschine oder Laserdrucker - ohne daß diese Differenz in der Darstellungsqualität unter dem Aspekt der Chancengleichheit zu beanstanden ist.

225 Im folgenden wie R.Herzog, Maunz-Dürig, Art.5 Abs.1,2 Rn.67 ff.

226 Kein Anspruch von Sozialhilfeempfängern auf Erstattung von Demonstrations-Fahrtkosten Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.100 m.w.N.

227 Produktqualität kann auch in der Verwendung gut verträglicher Ingredienzen bestehen, die vom Verbraucher langfristig allenfalls durch die Abwesenheit negativer Folgeerscheinungen registriert werden - z.B. umwelt und humanverträgliche Holzschutzmittel.

228 Die große Bekanntheit der Angeschuldigten und Täter im Wirtschaftsstrafrecht wird hier vernachlässigt MedienTenorem (Medien-Trends auf einen Blick in Kooperation mit Media Monitor, Washington D.C.) v. 15. 8. 1996, S. 8.

möglichkeiten“ des von seiner negativen „Meinungsfreiheit“ gebrauchmachenden Grundrechtsrechtsträgers liegen auf einem anderen Gebiet, nämlich etwa der Kontrahierungspolitik durch Herabsetzung der Preise. *Auch hier zeigt sich, daß eine ganzheitliche Betrachtung von Produkt- und Meinungsmarkt erfolgen muß.*

(b) *Mindestens gleiche Verpflichtung der Werbung zur Wahrheit wie die Medien.* Die in Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Medienfreiheiten unterscheiden sich grundsätzlich von der Berufsfreiheit anderer Unternehmen durch Anforderungen, die an die äußere<sup>229</sup> und innere Struktur von Medienunternehmen<sup>230</sup> gestellt werden, wie etwa die Beschränkung der verlegerischen Kompetenz auf die „Richtlinien“<sup>231</sup>vorgabe“, in der der Gedanke einer unternehmensinternen Gewaltenteilung<sup>232</sup> zum Ausdruck kommt. *Materiell* unterliegen die Medien - *anders als die Grundrechtsträger der Meinungsfreiheit* (dazu siehe unter III 1 ff)- einer *Wahrheitspflicht*,<sup>233</sup> die nur wegen der Schwierigkeit der Feststellung der Wahrheit auf der einen und der Notwendigkeit aktueller Berichterstattung auf der anderen Seite in die Form von (formellen) Verifikationsanforderungen<sup>234</sup> gegossen ist. Auf den ersten Blick hat diese besondere Verantwortung der Medien mit den Anforderungen an die Werbung von Unternehmen wenig zu tun. Wenn man aber Werbung „meinungsfreiheitlich“ schützt, dann ist es wegen ihres Zugangs zu den Massenmedien und zu Werbeträgern, die sich an die Allgemeinheit richten (Plakatkampagnen) nach hier vertretener Ansicht erwägenswert, *höhere Wahrheitsanforderungen als an die Presse zu stellen, weil die Werbung die originäre Leistung der Medien, nämlich das Programm, grundsätzlich nicht anbietet.*<sup>235</sup>

(c) *Verbot ungleichgewichtiger Beeinflussung der öffentlichen Meinung?*  
Bei Medien, die durch eine beschränkte Anzahl von Verbreitungskanälen gekennzeichnet sind, herrscht zudem die Pflicht zu inhaltlicher Ausgewogenheit, der im Rahmen der Rundfunkfreiheit durch die BVerfG-Recht-

---

229 W.Hoffmann-Riem, in "Alternativkommentar", Art.5 Abs.1,2 Rn.34, 120 der von "kommunikativer Chancengleichheit spricht.

230 R.Herzog, a.a.O., Art.5 Abs.1,2 Rn..172 ff.

231 R.Herzog, a.a.O., Art.5 Abs.1,2 Rn.174 ff.

232 R.Herzog, a.a.O., Art.5 Abs.1,2 Rn.191 für die Pressefreiheit und Rn.210 ff für die übrigen Freiheiten.

233 R.Herzog, Art.5 Abs.1,2 Rn. 146, 215 a; Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn. 445, der Sorgfaltspflichten bei der Presse nicht in der Verfassung, sondern in den allgemeinen Gesetzen verankert sieht und nur beim öffentlich-rechtlich strukturierten Rundfunk Rn.574.

234 nach W.Hoffmann-Riem, Alternativkommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.55 Ausfluß der praktischen Konkordanz.

235 Siehe darüber hinaus zur Beeinflussung der Medien in ihren Programmen durch die Werbung für den amerikanischen Bereich C.E.Baker, Advertising and a Democratic Press, 1994, S. 44 ff.

sprechung zum dualen System und der Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Veranstalter zur Grundversorgung Rechnung getragen wird. Medien, die aufgrund der beschränkt verfügbaren Frequenzen zu oligopolartigen Marktstrukturen tendieren, werden einer staatlichen Konzentrations- (etwa Art.26 Abs.4 RfSt) und Inhaltskontrolle unterworfen wie beim Rundfunk (Art. 25 Abs. 2 RfSt):

„Ein einzelnes Programm darf die Bildung der öffentlichen Meinung nicht in hohem Maße ungleichgewichtig beeinflussen.“

Als Rechtsgedanke unterstützen diese inhaltlichen Verpflichtungen zur Meinungsvielfalt die Idee einer noch zu konkretisierenden Chancengleichheit auf einem von der Werbung mitgestalteten Meinungsmarkt.

(d) **Chancengleichheit von kommerziellen und nicht-kommerziellen Medien am Beispiel der Presse.** Auf den ersten Blick hat diese besondere Verantwortung der Medienfreiheiten mit Anforderungen an die Werbung von Unternehmen keine Berührungspunkte. Die Unternehmen **benutzen die Medien zur Werbung** und sind grundsätzlich nicht selbst Medienunternehmen, die den erwähnten Bindungen (beim Rundfunk zur Pluralität) zu unterwerfen wären.

Das in der Praxis auftauchende Problem ist die (kostenlos verteilte) Interessentenpresse, die sich durch den redaktionellen Teil den Anschein von Presse gibt, bei der aber das Programm oft signifikant von der Berichterstattung über bestimmte Produktgruppen geprägt wird. Weil die Organisation der Presse und die Verflechtungen mit Werbenden nicht offengelegt werden müssen, bleibt hier nur die Analyse und Bewertung der „medialen Sprache“ **im Einzelfall bei der Ermittlung des effektiven Garantiebereichs.**

Der BGH erkennt einen Konkurrenzschutz der nicht-kommerziellen Medien an. Nach seiner Rechtsprechung wird die Verteilung von kostenlos verteilten Anzeigenblätter mit redaktionellen Teil (Interessentenpresse) untersagt, wenn das zum Schutz „nicht-kommerzieller“ Presseorgane vor Nachfrageschwund notwendig ist<sup>236</sup> (§ 1 UWG).

Grundsätzlich habe niemand **Anspruch auf eine unveränderte Erhaltung seines Kundenkreises**; je stärker allerdings die nachteiligen Auswirkungen für die Mitbewerber zugleich Interessen der Allgemeinheit - Vielfalt des Meinungsangebots für die öffentliche Meinung - berührten und je weniger das angewandte Mittel - Interessentenpresse - dem Prinzip des Leistungswettbewerbs (hinsichtlich des Produkts, nicht hinsichtlich der medialen Sprache) entspreche, nämlich mit der Güte und Preiswürdigkeit der angebotenen Leistung - des Produkts - zu werben, desto eher begegnen solche Werbemethoden wettbewerbsrechtlichen Bedenken.<sup>237</sup>

So sehr diese extensive, an der Gefährdung bestimmter Presseorgane orientierte Rechtsprechung zu kritisieren sein mag, so ist sie doch Beleg für

---

236 J.Ballmann, Der Machtaspekt im UWG, 1990, 188ff; Baumbach/Hefermehl, 17.Aufl, 1993, § 1 UWG, Rn.865 .

237 H.E.Brandner, Der stumme Zeitungsverkäufer am Laternenmast, GRUR 1996, 531 ff; BGHZ 51, 236, 242, 250; damit stimmt auch die BVerfG-Rechtsprechung zur Chancengleichheit am Programmmaterial überein (BVerfG Urt 17.2.1998 EuGRZ 1998, 41, 49.)

die von einem Fachgericht in der einfachgesetzlichen Rechtsanwendung erkannte Wirkung werbewirtschaftlicher Investitionsvolumina auf dem „Markt der Ideen“ der öffentlichen Meinung.

(e) **Chancengleichheit der Mitbewerber.** Unter Chancengleichheitsgesichtspunkten sind vor allem zwei Fälle, nämlich

- zum einen der Fall, daß einem Unternehmen die Verbreitung der Werbung von einem Medium verweigert wird und
- zum andern der Fall, daß ein Unternehmen von Boykottaufrufen der Medien (hier der Presseorgane) des Mitbewerbers oder der Medien, die Interessen von Mitbewerbern vertreten, überzogen wird.

(aa) **Meinungsfreiheitlicher Kontrahierungszwang für die Verbreitung von Werbung?** Es handelt sich um ein allgemeines Problem, das vor allem bei der Parteiwerbung zu Wahlkampfzeiten im Rundfunk eine Rolle spielt. Die Entscheidung über die Verbreitung einer Werbung ist grundsätzlich<sup>238</sup> Ausfluß der Privatautonomie der Medien. Werbung ist sine qua non des Produktabsatzes und hier kann der Werbende unter Geltung von Art. 12 GG regelmäßig auf andere Formen der Kommunikationspolitik und andere Werbemittel, wie Prospekte, Handzettel oder die Verteilung von Gratisproben verwiesen werden. Diese Beurteilung könnte sich ändern, wenn die Werbung als Beitrag zur öffentlichen Meinung geschützt würde, weil dann zwischen der Medienfreiheit etwa der Presse und der Meinungsfreiheit des Werbenden im Rahmen der Prüfung von § 826 BGB als Grundlage eines Kontrahierungszwanges abzuwägen wäre.

Die Medien haben hier berechnete Interessen, weil der Anzeigenteil nicht nur von der medialen Freiheit umfaßt ist, sondern Rückwirkungen der Werbung auf das Programm nicht auszuschließen sind. Ein Beispiel ist die Werbung der Bundeswehr in der traditionell pazifistischen Berliner TAZ.

Wenn es um den Beitrag des Werbenden zur öffentlichen Meinung geht, dann muß auch erwogen werden, ob nicht zumindest die willkürfreie Entscheidung über den Anzeigenauftrag meinungsfreiheitlich gefordert ist.

Grundsätzlich schützt die Meinungsfreiheit auch die Effektivierung der Meinungsäußerung und damit die Plazierung in einem Meinungsumfeld - hier des Programms.

Bereits eine solche Begründungslast ist eine Bedrohung der medialen Pressefreiheit, die allerdings mit der Konkordanz von werblicher Meinungsfreiheit auf der einen und medialer Freiheit auf der

---

238 BVerfG NJW 1976, S. 1627 "Montabaur" zu einer politischen Anzeige; zur Zurückweisung einer Geburtsanzeige in Reimform, OLG Karlsruhe, Urt.v.27.11.1986, NJW 1988, 341; LG Braunschweig, Urt.v.3.12.1974, NJW 1975, 782, 784 wo die Verweigerung des Abdrucks einer Todesanzeige nicht willkürlich war; M.Rath-Glawatz, Anzeigenauftrag und Kontrahierungszwang, WRP 1982, 625, 630 der nur bei willkürlicher Ablehnung Kontrahierungszwang bejaht; grundsätzlich für jede Form von Anzeigen - politisch wie kommerziell - ablehnend M.Löffler/R.Ricker, Handbuch des Presserechts, 1986 320 f.

anderen Seite begründbar wäre. Es wird deshalb abzuwarten sein, ob die grundsätzliche Verneinung eines Kontrahierungszwangs - wie sie in der Literatur<sup>239</sup> und vom BVerfG in der „Südkurierentscheidung“<sup>240</sup> vertreten wird - aufrechterhalten werden kann.

**(bb) Schutz des Mitbewerbers vor (Boykottaufrufen) der Interessentenpresse.**

Ein Beispiel ist die bereits erwähnten „Markt-Intern“-Entscheidung. **Hier soll nach der Literatur<sup>241</sup> der Boykottaufruf gegen den Mitbewerber auch presse- und meinungsfreiheitlich geschützt sein.** Übersehen wird dabei, daß es so dem Mitbewerber, der ein **Presseorgan besitzt oder faktisch beherrscht**, möglich wird, Kräfte zu konzentrieren, die den Markt in boykottierende und boykottiertes Unternehmen teilen und damit den Kampf jeder gegen jeden, der der Idee des idealen Wettbewerbs zugrundeliegt, zugunsten von Gruppeninteressen preiszugeben. Der Billiguhrenanbieter wird nicht mehr **dem Wettbewerb einzelner, miteinander im Wettbewerb stehender Mitbewerber**, sondern, bildlich gesprochen, der vereint ihn jagenden Meute ausgesetzt. **Die Dynamik des Markts der Sprache wird eingesetzt um den Wettbewerb auf dem Markt der Dienstleistungen zu schwächen.**<sup>242</sup> Im konkreten Fall hätte dies bei der Verweigerung der Wartung von Billiguhren dazu geführt, daß der Verbraucher nicht gegen Entrichtung des üblichen Wartungspreises die Batterien gewechselt bekommt, der Markt für Uhren neu abgegrenzt wird (Billiguhren mit kostspieligerer und zeitraubender Wartung durch Versand von den Kaffeeverkaufsstellen aus; teure Uhren mit Wartung bei jedem Juwelier) und der boykottierte Unternehmer neben dem wirtschaftlichen Druck der ihn konzentriert und konzentriert verfolgenden Mitbewerbern auch Anstrengungen unternehmen muß, um bei seinen Kunden den Wirkungen des Boykottaufrufs entgegenzuwirken.

Bereits die Berichterstattung in nicht-kommerziellen Medien über den Boykottaufruf könnte zu einer Verunsicherung potentieller Kunden führen. Wenn der Billiguhrenanbieter deshalb „Gegenwerbung“ betreibt, kann er sich dann im Rahmen von § 1 UWG gegenüber dem - nach der Literatur meinungs- und pressefreiheitlich geschützten Boykottaufruf - auf den Eingriff in seine **negative Mei-**

---

239 Meinungsfreiheitlich kann der Werbende nicht so einfach auf alternative Optionen wie Anzeigenblätter, die auch dem weiten Pressebegriff des Art.5 GG unterfallen, verweisen werden. Der Weg in die Interessentenpresse verlangt höheren finanziellen und persönlichen Einsatz des Werbenden und ist auch vom Verbreitungsgrad der Anzeigenblätter vielleicht mit der Kommunikationswirkung in nicht-kommerziellen Medien nicht vergleichbar.

240 BVerfGE 21, 271, 279.

241 Ch.Degenhart, Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, in H.Leßmann(u.a., Hrsg.):Festschrift für Rudolf Lukes zum 65 Geburtstag, S.287 (297 f).

242 § 21 Abs. 1 GWB n.F. lautet: "Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen ... in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren auffordern." Diese Strategie gilt auch, wenn die Unbilligkeitsgrenze des Boykottaufrufs des "Unternehmens" nicht erreicht ist; Boykottaufrufe in den Medien unterscheiden sich durch ihre Breitenwirkung gegenüber diesen Aufrufen des Unternehmens und können gerade deshalb, weil sie nicht nur die Mitbewerber sondern auch die Kunden erreichen, besonderen Druck auf die Marktpositionierung des angegriffenen Mitbewerbers ausüben.

*nungsfreiheit* berufen? Geht er dieses Rechts verlustig, wenn er sich *nicht* mit einer „Gegenwerbungskampagne“ zu behaupten sucht, sondern kontrahierungspolitische Vorteile - wie etwa eine Zugabe oder eine dreijährige Garantie verspricht, - mit der Folge der Einschlägigkeit der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit.

(3) *Beiträge der Parteien (Art.21 Abs.1 S.1 i.V.m. Art 5 Abs.1 GG), denen die Mitwirkung bei der politischen Willensbildung des Volkes anvertraut ist.*

Bei der Meinungsfreiheit aus der dritten Quelle, der politischen Werbung der Parteien, bemüht sich der Gesetzgeber um ein Niveau der Chancengleichheit, um auch Parteien ohne finanzielle Reserven die Teilnahme an der Bildung der öffentlichen Meinung zu ermöglichen.

Kommerzielle Werbung erfolgt mit bezahlten Medien und setzt damit finanziellen Einsatz voraus. Es ist demgegenüber charakteristisch, daß vor Wahlzeiten, dem Zeitpunkt an dem „Kaufe mich“ und „Wähle mich“ am vergleichbarsten sind, die Chancengleichheit bei einem der bedeutendsten Meinungsmultiplikatoren, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk, die Teilnahme aller „relevanten“ Parteien bei redaktionellen Sendungen gebietet<sup>243</sup>. Zumindest der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist zudem rundfunkstaatsvertraglich gezwungen kostenlos Werbezeit für diese Parteien zur Verfügung zu stellen<sup>244</sup>. Durch die Öffnung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vor der Wahl für *alle* Parteien wird zudem ein etwa bestehendes Ungleichgewicht in anderen Medien<sup>245</sup> abgemildert.

Diese Beispiele sind weitere Belege dafür, daß bei der Meinungsfreiheit die Ummünzung von wirtschaftlicher Macht zu Meinungsmacht<sup>246</sup> als *Gefährdung des Meinungsmarktes kritisiert und nicht als seine Voraussetzung akzeptiert wird*. Letzteres wäre bei der kommerziellen Werbung, die immer ein Eintrittsgeld zum Markt verlangt, unumgänglich.

Anders als die politische Werbung hat sie kein Programm zu bieten, das Anreize für die Berichterstattung durch die Medien bietet. Nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahme zu dieser Regel ist die Benetton-Werbung, die die Sprung in die Feuilletons geschafft hat.

Weil ein gleichmäßiger Zugang zum Werbungsmarkt nicht vorliegt, ist der Werbungsmarkt auch nicht durch Meinungskampf, sondern bisher eher durch parallele Anpreisungen des jeweiligen Produkts gekennzeichnet - es fehlte vor der grundsätzlichen Zulassung der vergleichenden Werbung an der „Ge-

---

243 OVG Hamburg, Beschl.v.14.9.1993, NJW 1994, S.69 "DVU und NDR".

244 Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art. 5Abs.1,2, Rn.685, OVG Hamburg, Beschl. v. 7.9.1993 NJW 1994, S.68.

245 Z.B. im Bereich der Presse. C.E.Eberle, Parteienwahlwerbung im Fernsehen, Alte Probleme- gewandelte Verhältnisse - neue Aspekte NJW 1994, S.905, 907 beziffert den Anspruch der privaten Rundfunkanbieter, die Wahlwerbung nur gegen Erstattung des Selbstkostenpreises ausstrahlen müssen, auf 80 % der Kosten regulärer Werbespots.

246 U.Eicke, Meinungsfreiheit für die Werbung, WRP 1988, S.645, 648 unter Hinweis auf D.Czajka, Pressefreiheit und öffentliche Aufgabe, 1968, S.100 spricht für die Meinungsfreiheit sogar von "Verfassungswidrigkeit"..

genrede“.<sup>247</sup> Die Zulassung der vergleichenden Werbung behebt indes immer noch nicht das Problem des „Eintrittsgeldes“ zum Markt der Ideen. Dieses Problem wird von Ansichten, die auch den Meinungsmarkt als „Kampf, nicht Harmonie“<sup>248</sup> beschwören, vernachlässigt.

Die Idee vom „Kampf der Wahrheiten“<sup>249</sup> ist im Rahmen der Werbung auf den ersten Blick anziehend - möge das Produkt mit den besten Eigenschaften gewinnen. Der Markt der Ideen folgt aber den gleichen Gesetzmäßigkeiten wie der Markt der Waren und entkräftet in der Realität das Ideal des „leistungsgerechten Wettbewerbs“. Nicht derjenige, der recht hat, wird hier gewinnen, sondern derjenige der finanziell den längeren Atem hat. Vergleichende Werbung erschöpft sich nicht in einzelnen Schlachten, sondern kann zum Krieg werden.

Ein Beispiel ist der Werbekrieg der beiden Telefongesellschaften AT&T und MCI in den USA in den Jahren 1990. Beide Gesellschaften beschimpften sich kontinuierlich in Gegenanzeigen und Gerichten und gaben dafür in der ersten Hälfte 1990 zusammen ca. \$ 170 Millionen aus<sup>250</sup> ohne daß sich die Marktanteile signifikant veränderten - vielleicht weil beide Gesellschaften sich voll auf den Krieg einließen, der auch noch 1994 andauerte. Slogans wie „Shame on You, AT&T“, die mit dem Vorwurf an AT&T gekoppelt waren, eine der teuersten und gemeinsten Werbekampagnen der Geschichte lanciert zu haben<sup>251</sup>, verdeutlichen auch die Qualität der Auseinandersetzung. Diese vergleichende Werbung wäre wegen des Sachlichkeitsgebots der Werbung im Gemeinschaftsrecht in Verbindung mit § 1 UWG unzulässig. Der Druck, der auf einen Mitbewerber ausgeübt werden kann, wenn der andere planmäßig einen Krieg der vergleichenden Werbung beginnt, deutet sich in diesen Beispielen an.

Wenn ein Mitbewerber *ständig* sein Produkt im Vergleich zu einzelnen Eigenschaften des anderen Mitbewerbers konturiert, dann hat der Mitbewerber mehrere Möglichkeiten: Entweder er bewirbt sein eigenes Produkt, oder er schweigt, oder er konturiert seinerseits sein Produkt durch Vergleiche mit dem des Mitbewerbers. Die Hoffnung, daß dieser Kampf der Wahrhaftigkeiten zu einem besseren oder preisgünstigeren Produkt oder zu einer Erhöhung des Kenntnisstandes und der Selektionskraft der Verbraucher führt, besteht - ebenso wie die Befürchtung, daß Produkte nur teurer beworben werden, und gerade nicht verbessert werden.

Die Dimensionen von *Werbekriegen*, die für den amerikanischen Markt bereits aufsehenerregend waren, verdeutlichen *das finanzielle Risiko der Ge-*

---

247 J.St.Mill, On Liberty, 1875, verlangt die gleichen Bedingungen, Talent und Energie (S.27,f) für die unterschiedlichen Meinungen. U.Eicke, 648, f vermißt ebenfalls die Gegenrede.

248 M.Kloepfer/G.Michael, Vergleichende Werbung und Verfassung-Meinungsgrundrechte als Grenze von Werbebeschränkungen, GRUR 1991 S.170, 175 ff. 79 unter Bezugnahme auf Friedman.,

249 E.J.Mestmäcker, Meinungsfreiheit und Medienwettbewerb, S.513 f in: derselbe, Recht in der offenen Gesellschaft, 1993, Skeptisch für das amerikanische Modell R.Stürmer, Die verlorene Ehre des Bundesbürgers - Bessere Spielregeln für die öffentliche Meinungsbildung, JZ 1994, 865, 870.

250 AT&T wandte \$ 146.7 Millionen und MCI \$ 25.4 Millionen auf; Advertising Age v.22.10.1990, S.2,34.

251 The Wall Street Journal Europe, 21.12.1994, S.4.

*genrede auf dem werblichen Meinungsmarkt* und lassen auch den Unterschied zu nicht-kommerziellen Teilnehmern am Meinungsmarkt deutlich werden.

Wie marktorientiert Werbung beurteilt werden muß, wird deutlich, wenn ihre Verbreitung in den Medien eingeschränkt wird, um die Produktmärkte wettbewerbsfähig zu erhalten oder zu schaffen. So verlangte die *Monopolkommission* (§ 24 b Abs.5 S.4 GWB a.F.) eine Einschränkung der Rundfunkwerbung, weil vor allem diversifizierende Großunternehmen zusätzliche Wettbewerbsvorteile durch diese Werbeträger erhalten.<sup>252</sup>

(4) *Zusammenfassung.* Der Unterabschnitt zur Chancengleichheit sollte mögliche Weichenstellungen bei der meinungsrechtlichen Integration der Werbung in den Meinungsmarkt aufzeigen. Die Beeinflussung von Beteiligungschancen am Meinungsmarkt durch die Werbung hängt selbstverständlich nicht davon ab, ob Werbung verfassungsrechtlich als „Meinung“ oder als „Bestandteil der beruflichen Betätigung“ geschützt wird. Die Gestaltungsspielräume für chancengleichheitsfördernde Gesetzgebung und Rechtsprechung, die zu Lasten der Werbung geht, läßt sich aber unter Geltung von Art. 12 GG eher verwirklichen als unter der Anwendung von Art. 5 GG. Es wurde gerade in dem Beispiel des Boykottaufrufs und der Gegenreaktion des beeinträchtigten Mitbewerbers deutlich, daß mindestens eine ganzheitliche Betrachtung der Einwirkung von kommerzieller Sprache auf die Stellung des Mitbewerbers auf dem Meinungs- wie auch auf den Produktmarkt erfolgen muß. Die alleinige Prüfung anhand von Art. 5 GG kann diese Forderung nicht erfüllen.

So kann der Boykottaufruf zunächst am Produktmarkt zu keinen Umsatzeinbußen führen, so daß eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit *nicht* nachweisbar ist (Art. 12 GG), weil die Umsatzzahlen nicht signifikant zurückgehen. Die Position des Unternehmens am Meinungsmarkt kann sich durch die Berichterstattung *ändern* und Kunden gegenüber dem Kauf von potentiell wartungsbedürftigen Gebrauchsgütern voreingenommen machen (Art. 5 GG). Diese Veränderung der Positionierung der Anbieters könnte vielleicht durch Meinungsumfragen - also ein anderes Nachweismittel - näher untersucht werden.

ff) Meinung, Werbung und das geistiges Niveau (der "Auseinandersetzungswert") bei der Eröffnung des Schutzbereichs

*Nach der BVerfG-Rechtsprechung gilt, daß eine Bewertung von Meinungen bei der Eröffnung des Schutzbereichs nicht erfolgt.* Der Prozeß der öffentlichen und privaten Meinungsbildung ist nach der BVerfG-Rechtsprechung Grund dafür, bei der Eröffnung des Schutzbereichs die Qualität der Meinung nicht zu prüfen.<sup>253</sup> Selbst Mindestanforderungen, denen eine verfassungsrechtlich geschützte Mei-

---

252 Sondergutachten 11, Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen, 1981, S.26; Die Preise für die Rundfunkwerbung sind insbesondere durch die Zulassung auch regionaler, privater Fernsehanbieter rasant gesunken....; eine erhebliche Marktzutrittsschranke ist aber immer noch zu bejahen.

253 So schon P.Huber, a.a.O., S.25; F.Drettmann, S.88 Fn.87.

nung zu entsprechen hätte, stünden der *Einbeziehung von Werbung in den Meinungsfreiheitlichen Schutzbereich nicht grundsätzlich entgegen*.

So ist die Werbung von Energieversorgungsunternehmen mit Angeboten zur Energiesparinformation wie auch die Werbung in den Fällen I und IIa „Ölverschmutzte Ente“ und „HIV-Positive“ nicht ohne geistiges Niveau.

Gegenüber dieser weitgehenden Öffnung der Meinungsfreiheit für nicht-kommerzielle Sprache fordert insbesondere die ältere Literatur - ähnlich wie der BGH (zu Fall III)- bei der Eröffnung des Schutzbereichs der „werblichen Meinung“ ein Mindestmaß an „Meinung“ und „Auseinandersetzungswert“. Werbung soll nach diesen Auffassungen nur dann als Meinung geschützt werden, wenn

- sie, negativ definiert, nicht nur tatsachenmitteilende Aussagen enthält<sup>254</sup>. Das bedeutet, daß Namen, Produktbezeichnungen, Warenzeichen und Leistungsbeschreibungen (PS-Zahl, Geschwindigkeit, Beschleunigung und Abmessungen in der Kfz-Werbung)<sup>255</sup> *regelmäßig* nicht von der Meinungsfreiheit umfaßt werden.
- sie die „Konkretheit oder ausreichend klare Zurechenbarkeit“ besitzt, die für eine Meinung notwendig seien<sup>256</sup>. Die „Konkretheit“ soll etwa dann fehlen, wenn Werbung „nur“ Stimmungslagen erzeugt und dem Produkt einen „Touch“ als „*modern*“ oder „*traditionell*“<sup>257</sup> gibt.
- sie eine *Anpreisung von Neuerungen technischer oder organisatorischer Art* enthält, die geeignet ist, meinungsbildend auf den Beworbenen zu wirken und nach Ansicht des Werbenden seine Leistung als besonders kaufgünstig darstellt<sup>258</sup>. Dazu wird eine „rationale Untermauerung dieser Behauptung“ verlangt“ (in der hier vertretenen Terminologie „Substantiierung“) verlangt, damit eine geistige Auseinandersetzung bei den Umworbenen auch tatsächlich zustande kommen kann“<sup>259</sup>.

Diese Argumente machen deutlich, daß die Einbeziehung der Werbefreiheit in den Meinungsschutz eine sehr große Differenzierung<sup>260</sup> bei der Prüfung der Eröffnung des Schutzbereichs, verlangt - und zwar nach dem Inhalt der „Aussage“.

Das deutet sich auch bei dem Vergleich der BGH-Entscheidungen zu Fall I und III an, wenn für die „Ölverschmutzte Ente“ der Meinungscharakter bejaht und für den „Busengrapscher“ verneint wird.

Es handelt sich um eine Differenzierung, die im Bereich der nicht-kommerziellen Meinungsfreiheit bei der Eröffnung des Schutzbereichs nach Möglichkeit vermieden wird. Die Beispiele zeigen auch, daß der meinungsfreiheitliche Schutz der

---

254 P. Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S.86 unter Hinweis auf H.Eichmann, GRUR 1964, S. 61.

255 H.Eichmann, GRUR 1964, S.57, 61.

256 P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S.86.

257 So interpretiert Drettmann, S.112 die Einschränkungen Lerche's, S.86.

258 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.97.

259 Quasi im Umkehrschluß wird behauptet, daß Werbung, die mit Gutachten oder unabhängigen Warentests wirbt und vergleichende Werbung, die die Eigenschaften von Produkten miteinander vergleicht und so eine Meinung zum Ausdruck bringt, jedenfalls als Meinung geschützt sei. F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.97; H.Eichmann, Auswirkungen des Grundgesetzes auf die Werbepaxis, GRUR 1964, 57, 61(Fn.52).

260 So auch U.Eicke, Meinungsfreiheit für die Werbung, WRP 1988, S.645, 650.

Werbung, jedenfalls nach der BGH-Rechtsprechung und der in Bezug genommenen Literatur, die Konkurrenzproblematik *zwischen Art. 12 und 5 GG nicht vermeidet. Aus der Sicht des Wettbewerbsrechts kann eben nur der „besonderen Werbung“, die über die unmittelbare klassische Produktwerbung (siehe zur Image- und Unternehmenswerbung im 3.Kapitel I 4 g) hinausgeht, die Wohltat des Art. 5 GG und des Wechselwirkungsansatzes zugute kommen. Anders* als bei Art. 12 GG, der für die Berufsausübung einen *Regelungsvorbehalt* enthält, und diese unterschiedliche Bewertung von Werbungen, die entweder für den Produktmarkt nötig oder auch dem Meinungsmarkt dienlich sind, ermöglicht, enthält Art. 5 Abs. 2 GG die Voraussetzung allgemeiner Gesetze.<sup>261</sup>

*d) Ausschluß bewußt oder erwiesen unwahrer Tatsachen vom meinungsfreiheitlichen Schutzbereich*

Die vorangehenden Unterabschnitte b) und c) haben sich mit unterschiedlichen Betrachtungsweisen bei der Entscheidung über die *Öffnung des Schutzbereichs für die Werbung* befaßt. Sie gingen vom Vorliegen zutreffender Sprache aus, und kamen zu dem Ergebnis, daß der Tatsachengehalt von Werbung nicht ihrer Integration in den Schutzbereich entgegensteht.

Bedeutung hat die Unterscheidung von Tatsache und Meinung im Rahmen der werblichen Meinungsfreiheit weiterhin, wenn es um den Wahrheitsgehalt einer Meinung geht.

aa) (Objektiv unzutreffende) Tatsachenbehauptungen

Grundsätzlich besteht in einer institutionellen Betrachtungsweise kein schützenswertes Interesse, *unzutreffende Tatsachenbehauptungen* aufzustellen. Ein objektiver Kommunikations- oder Informationswert solcher Behauptungen besteht nicht<sup>262</sup>. Allein auf die *objektive Wahrheitsbezogenheit* und nicht auf die *subjektive Wahrhaftigkeit* abzustellen, würde aber auch die Behauptung von Tatsachen als

„Wiedergabe eines äußeren oder inneren Vorgangs in seiner objektiv richtigen Gestalt“<sup>263</sup>

*entmutigen.*<sup>264</sup>

bb) Ausschluß nicht erwiesener oder bewußt unwahrer Tatsachen vom meinungsfreiheitlichen Schutzbereich bei der nicht-kommerziellen Sprache

Tatsachen können sich ändern und Erkenntnisquellen können Interessierten verschlossen sein. Allein, daß es sich um *eine nicht erweislich wahre* Tatsache han-

---

261 W.Schmitt Glaeser, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 97 (1972), 276, 294.

262 BVerfGE 54, 208 (219)..

263 K.v.Köller, a.a.O., 1971, S.153;

264 D.Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697, 1699 unter Betonung des Prozeßcharakters der Meinungsfreiheit und -bildung unter Berufung auf BVerfGE 12, 113, 126, 130; BVerfGE 54, 129, 139; 85, 23, 31.

delt, kann der Eröffnung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit deshalb nach Ansicht des BVerfG nicht entgegenstehen:

„Eine Übersteigerung der Wahrheitspflicht und die daran anknüpfenden Sanktionen könnten zu einer Einschränkung und Lähmung *namentlich* der Medien führen...“<sup>265</sup>

Auch *irreführende Tatsachenbehauptungen* sind damit grundsätzlich vom gegenständlichen Schutzbereich der „Meinung“ umfaßt.<sup>266</sup> Es bedarf nach der BVerfG-Rechtsprechung nicht nur einer objektiven Komponente („(Nicht) zutreffend/(nicht) wahr), sondern auch einer subjektiven Komponente ((Nicht )bewußt; (nicht) leichtfertig).

*Nur* die Behauptung *bewußt und/oder erwiesen* unzutreffender Tatsachen soll *bereits aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit*<sup>267,268</sup> fallen.<sup>269</sup>

So wird etwa die Subsumtion des Vorwurfs „*Nazi-Sekte*“ als Werturteil oder als Tatsache entscheidend für den Schutz-, den effektiven Garantiebereich und damit das Recht der Äußerung.<sup>270</sup>

Bei „erwiesen unzutreffenden Behauptungen“ kann vermutet werden, daß der Kommunikator dies auch wußte (subjektive Komponente)<sup>271</sup>. Bereits Leicht-

---

265 BVerfGE 54 208, 219 f "Böll/Walden".

266 Wie bei den Werturteilen ist auch bei der Tatsachenbehauptung nicht immer deutlich, ob es sich um Schutzbereichsverneinungen oder Schrankenerwägungen handelt. Ch.Degenhart, BK, Art.5 Abs.1,2 Rn. 139 f. K.v.Köller, S.153 ff, der bei der Tatsachenbehauptung nicht mehr deutlich trennt.

267 BVerfGE 61 1 (8) "CSU als NPD Europas". Zitate müssen - wenn sie nicht eindeutig sind - die Wertung des Kommentators erkennen lassen BVerfGE 54, 208 (221) "H.Böll". K.v.Köller, a.a.O., S.154 der definitionsgemäß die bewußt falsche Mitteilung einer Tatsache nicht als Tatsachenbehauptung gelten lassen will - vielleicht weil eine andere oder keine Tatsache vorliegt. Der Rechtswirklichkeit wird eine solche Unterscheidung wahrscheinlich nicht zu entnehmen sein.

268 Dies entspricht auch der einfachgesetzlichen Rechtslage: gegen unzutreffende Tatsachenbehauptungen räumen das Zivilrecht (§ 824 BGB) und das Strafrecht (§§ 186, 187 StGB, § 4 UWG) Sanktionen ein. Bei der einfachgesetzlichen Rechtslage muß also zur objektiven Unrichtigkeit der Aussage ein subjektives Kriterium hinzukommen.

269 Während Werturteile immer in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen. Im Interesse eines extensiven Meinungsschutzes, der konstitutiv für unsere Verfassung ist, ist deshalb bei Werturteilen die Beurteilung im Rahmen des effektiven Garantiebereichs, die Abwägungsvorgänge ermöglicht, vorzuziehen. Die ggf. auch im Rahmen von Art.2 Abs.1 GG möglich wären, dort aber nur unter schwierigerer Einbeziehung meinungsspezifischer Gefährdungslagen. Für eine Verlagerung auf die Schrankenebene auch K.v.Köller, S.152 f.

270 OLG Hamburg, v.24.10.1991, rechtskräftig Medien und Recht, 1992, 129 hat ein Werturteil angenommen.

271 BVerfG, Beschl.v.9.10.1991, AfP 1992, S.53(55) "Bayer-Aktionäre" in der das Gericht in der Wortwahl aber nicht eindeutig ist: "...geht davon aus, daß die erwiesen oder bewußt unwahre Tatsachenbehauptung nicht vom Schutz des Art.5 Abs.1 S.1GG umfaßt wird." und auf der anderen Seite "Enthält die Meinungsäußerung erwiesen falsche oder bewußt unwahre Tatsachenbehauptungen, so wird regelmäßig das Grundrecht der Meinungsfreiheit hinter dem durch das grundrechtsbeschränkende Gesetz geschützten Rechtsgut *zurücktreten*." Letzteres könnte eher für eine Bewertung im effektiven Garantiebereich (Art. 5 Abs. 2 GG) sprechen, weil nur dort eine Abwägung mit anderen Rechtsgütern stattfindet. Eindeutiger BVerfG Beschl.v.13.4.1994 DVBl 1994, 688, 690 zur erwiesen unwahren Behauptung, es habe im dritten Reiche keine Judenverfolgung gegeben.

fertigkeit soll dann zum Schutzbereichsausschluß ausreichen, wenn der Kommunikator falsch zitiert.<sup>272</sup>

e) *Schutz von Werturteilen als Schutz von Wahrhaftigkeit bei der Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs*

Bei einer grammatisch nahen Auslegung von Art.5 Abs. 1 GG stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Überzeugung des Kommunikators (subjektive Komponente) von der Authentizität und Wahrheit der Sprache hat und inwieweit sich die Sprache einer werblichen „Meinung“ von anderen Meinungen unterscheidet.

aa) Wahrheit und/oder Dezision

In der meinungsfreiheitlichen Terminologie wird der Begriff „**Wahrheit**“ im Kontext der Hoffnung auf eine „objektive“ Wahrheit verwendet und der Begriff „**Wahrhaftigkeit**“ im Bewußtsein gewählt, daß es divergierende Überzeugungen von „objektiver Wahrheit“ gibt. Die Idee ist, daß die Wahrhaftigkeit im Kommunikationsprozeß die Suche und Verifikation der „Wahrheit“ fördert. Wenn es diese Wahrheit **nicht gibt**<sup>273</sup>, dann ermöglicht der Diskurs der Wahrhaftigen zumindest die Aufklärung über die möglichen Meinungen zur Wahrheit („individuelle Wahrhaftigkeit“), die in der Gesellschaft koexistieren müssen.

Die Grundentscheidung, die jede Gesellschaft und jeder Staat zu treffen hat, ist, ob sie das Ideal der Wahrheit erstreben.<sup>274</sup>

Das Grundgesetz enthält in einer grammatischen Auslegung keine Aussage über die Wahrheit; es enthält auch kein Staats- und/oder Gesellschaftsziel des **Strebens nach der Wahrheit** (siehe auch im 4.Kapitel III 3) - wie auch andere Verfassungen, unter ihnen die amerikanische, nicht. Die Freiheit der Meinung läßt sich als Absage an **ein** Ideal der Wahrheit<sup>275</sup> und **ergänzend als Abwehr gegen staatliche Dezision über die Wahrheit** verstehen. Der Freiheit der Meinung liegt die Erkenntnis zugrunde, daß **es eine Wahrheit nicht gibt oder nicht geben soll**, und es zum einen die demokratisch repräsentierte „Mehrheitsmeinung“ gibt und zum anderen die meinungsfreiheitlich geschützte Minderheit. Das Konzept der Meinungsfreiheit geht weit über ein Marktmodell der Ermittlung der „Wahrheit“

---

272 Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5Abs.1,2 Rn.140 gibt als Beispiel das unzutreffende Böllzitat durch einen Fernsehkommentator an (BVerfGE 54, 208 (220)). Dabei werden keine Sorgfaltspflichten der Medienfreiheiten auf die Meinungsfreiheit übertragen, sondern dem grundsätzlich geringeren Schutz von Tatsachen Rechnung getragen (BVerfGE 54, 219).

273 Etwa weil der Erkenntnisstand nicht vorliegt.

274 Es handelt sich um eine (staats)philosophische, wissenschaftstheoretische und soziologische Frage, die hier als solche nur gestellt werden soll. Mit aller Pragmatik auch H.v.Foerster/B.Pörksen, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners - Gespräche für Skeptiker, 1998.

275 Die Freiheit der Meinung beruht auch auf der Erkenntnis, daß eine Wahrheit ohne Menschen, die sie erkennen und verteidigen, keine wegweisende Bedeutung hat.

durch Rede und Gegenrede<sup>276</sup> hinaus. Die Grundrechtsträger sind nicht darauf beschränkt, dem *Prozeß der Bildung der öffentlichen „Meinung“* Tatsachenmaterial oder „Informationen“ zuzufüttern, sie haben das Recht zu *meinen*.

Die engste Parallele der Werbung zur „Meinung“ ist die sogenannte Testimonial-Werbung, bei der Prominente das Produkt rühmen. Hier ist der Kommunikator im Rahmen etwa eines Werbespots klar erkennbar und der Werbende spielt mit dem *Irrtum der Rezipienten* über die Wahrhaftigkeit des Werturteils des Kommunikators über das Produkt „...find ich gut“:

- Wenn die Rezipienten davon ausgehen, daß der Prominente nur gegen Geld für das Produkt wirbt und deshalb kein eigenes - oder ein so nicht wahrhaftiges - Werturteil abgibt,<sup>277</sup> bestünde entweder ein Irrtum der (aller, weniger ?) Rezipienten, wenn der Prominente von dem Produkt überzeugt ist, oder
- aber kein Irrtum. Wenn die Rezipienten aufgeklärt und resistent gegenüber dem Werturteil des Kommunikators sind - also nicht irren - dann wird der Anreiz für die werbende Wirtschaft, Testimonialwerbung zu betreiben, gering sein.

Fraglich ist also, ob diese Werturteile eines Kommunikators im Rahmen der Werbung meinungsfreiheitlich zu schützen sind, obwohl an der subjektiven Authentizität grundsätzlich (selbstverständlich mit Ausnahmen), sehr gezweifelt werden kann.

#### aa) Ursprungsbetrachtung

Werturteile - „Meinungen“ - sind begrifflich („Wert“) einer Überprüfung unzugänglich<sup>278</sup>, weil sie ein Urteil darstellen, das die Existenz subjektiver Werte voraussetzt. Die Freiheit der Meinung besteht gerade darin, dem Staat die Revision von Werturteilen zu verbieten, damit er nicht so seine Werte an die Stelle der Werte der Grundrechtsträger setzen kann. *Werturteile* entziehen sich bisweilen dieser verbal vorgegebenen Struktur, weil das „Urteil“ *in der Form einer Tatsachenbehauptung* ergeht.

So in den erwähnten Bezeichnungen von Parteien als Nazi-Sekte oder NPD Europas.<sup>279</sup>

---

276 BVerfGE 12, 113, 126, 130.

277 Auch hier stellt sich die Frage der Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs für Werturteile, die bewußt und/oder vorsätzlich Rezipienten über die selbst als nicht wahrhaftig erkannten Werturteile täuschen. Es handelt sich wegen der Nachweisprobleme bei der nicht-kommerziellen Sprache nicht um einen praktischen Fall. Bei der kommerziellen Sprache und dem Mitwirken vieler ist nicht ausgeschlossen, daß die berühmten Werturteile in der Werbung - wie etwa eine Joghurtwerbung „...find ich gut“ - die ein Schauspieler bei der sogenannten Testimonialwerbung abgibt, nicht seinem Werturteil entsprechen.

278 Auch wenn die Trennung von Werturteil und Tatsachen vor allem bei mehreren Bestandteilen einer Äußerung oft schwierig sein wird. Für das einfache Recht kann man der Ansicht K.v.Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, S.50 zustimmen, der § 824 BGB auf Werturteile anwendet, „soweit sie dem Beweis ihrer Richtigkeit oder Unrichtigkeit zugänglich sind“. Damit sind die tatsächlichen Bestandteile einer Äußerung, die insgesamt als Werturteil bewertet wird, angesprochen. Allerdings darf durch solche unterschiedlichen Wahrheitsmaßstäbe die verfassungsrechtliche Privilegierung des Werturteils nicht umgangen werden.

279 BVerfGE 61 1 (8) "CSU als NPD Europas".

Bei der Eröffnung des Schutzbereichs auf einer erfaßbaren Wahrheit im objektiven Sinne zu bestehen, würde den Charakter des Werturteils verkennen.

Hier deutet sich eine notwendige Veränderung der Rechtsprechung zu § 1 UWG an, weil die Rechtsprechung Werturteilen einen Tatsachenkern beimißt (siehe 3.Kapitel I 4 h bb) während die meinungsfreiheitliche Rechtsprechung diesen Tatsachenkern weitestgehend ignorieren muß.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob es auf die subjektive Wahrhaftigkeit („Authentizität bei Werturteilen“), so sie denn nachgewiesen werden könnte, ankommt. Die vorsätzlich Aufstellung von Werturteilen, die der Kommunikator nicht teilt, wäre so vom Schutzbereich *nicht erfaßt*. Die Antwort hängt von der Bewertung von Meinungen durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ab.

Grundsätzlich gibt es zwei Argumentationsansätze, die im folgenden wiederum als „liberale Betrachtungsweise“ und als „institutionelle Betrachtungsweise“ überschrieben werden.

bb) „Meinungsfreiheitlicher“ Schutz von Werturteilen ohne Authentizität - Folgenbetrachtung?

- Wenn im Zentrum des Schutzes der Meinungsfreiheit das Recht des Äußern den steht, einen beliebigen Kommunikationsinhalt mit beliebigen Kommunikationsträgern und -mitteln zu kommunizieren und dem Filter der Gegenrede und der Kritik der Rezipienten zu überlassen, dann müssen bewußt irreführende Werturteile (die über Werte des Kommunikators täuschen - siehe oben „Testimonialwerbung“)<sup>280</sup> in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen (liberale Betrachtungsweise). Es ist dann Aufgabe einer weiteren Beurteilung des Einzelfalls im Rahmen des effektiven Garantiebereichs
- Wenn im Zentrum des Schutzes der Meinungsfreiheit die *Suche und Verifikation von Wahrheiten und Wahrhaftigkeiten steht* (institutionelle Betrachtungsweise), dann brauchen bewußt irreführende Werturteile *nicht geschützt* werden.<sup>281</sup> Sie haben keine Bedeutung für die Suche nach der Wahrheit und dadurch, daß sie *nicht wahrhaftig* sind, der Kommunikator also weiß, daß er einen Irrtum erregt, wird *seine Beteiligung am Kommunikationsprozeß* nicht entmutigt. Der Manipulationsversuch der Wahrheitssuche muß nicht geschützt werden.

*Für die letzere Bewertung spricht*, daß es ein meinungsfreiheitlich geschütztes Interesse an der *beabsichtigten Irreführung* anderer nicht geben kann.<sup>282</sup> Auch die *Kommunikatorfreiheit* endet dort, wo der Rezipientenschutz beginnt. Die Konfrontation mit (vorsätzlich) irreführenden Werturteilen belastet den Rezipienten mit Filteraufgaben, die ihn von der Wahrheit trennen.<sup>283</sup>

*Gegen* eine Einbeziehung der subjektiven Komponente, der „bewußt“ oder „vorsätzlichen“ Irreführung, sprechen bei der nicht-kommerziellen Sprache die Nach-

---

280 und ((bewußt) unzutreffende Tatsachenbehauptungen).

281 und unzutreffende Tatsachenbehauptungen.

282 K.v.Köller, a.a.O., 1971, S.151.

283 Bei dem sorgfältig kultivierten Image von Sportlern und Schauspielern hat die Werbung mit diesen Prominenten vielleicht besondere Bedeutung für die Fans, die die beworbenen Produkte als Identifikation mit dem Prominenten kaufen.

weisprobleme<sup>284</sup> und die Befürchtung, daß eine staatliche Meinungskontrolle zur Gesinnungskontrolle<sup>285</sup> tendiert.

cc) Zusammenfassung

Das Beispiel der Testimonialwerbung wurde hier gewählt, um die grundsätzlichen Unterschiede in der Bewertung von Werbung und nicht-kommerzieller Sprache zu verdeutlichen. Bei einem Verbot der Abgabe von Werturteilen bei der nicht-kommerziellen Sprache wäre der Kernbereich der Meinungsfreiheit berührt.

Bei einem hypothetischen Verbot der Testimonialwerbung von Prominenten in den Massenmedien wegen der Gefahr der Beeinflussung von Jugendlichen wäre nicht so eindeutig, daß die entgeltliche Äußerung der „Meinung“ in einem Werbespot vergleichbare Nähe zu diesem Kernbereich hat.

f) *Bedeutung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen bei Werbung und nicht-kommerzieller Sprache*

Mit der Integration von Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist *ein* dogmatischer Einwand gegen den Schutz von Werbung als Meinung entfallen (dazu siehe oben unter III 1 b).

Die Realität indes ist weitgehend von Werbung mit Werturteilen und nicht von Werbung mit Tatsachenbehauptungen geprägt, so daß diese Hürde nicht zu hoch bewertet werden muß.

Aus der Perspektive des Staates und der Rezipienten läßt sich ein *unterschiedliche Verhältnis von Werbung und kommerzieller Sprache zu Tatsachenbehauptung und Werturteil* erkennen.

aa) Werturteil als Zentrum des Meinungsbegriffs der nicht-kommerziellen Sprache

Im Bereich der Meinungsfreiheit der nicht-kommerziellen Sprache ist der Schutz des Werturteils essentiell.

Gerade daß jeder eine unterschiedliche Meinung haben kann und diese auch innerhalb sehr weitgesteckter Grenzen<sup>286</sup> äußern kann, ist das essentielle der Meinungsfreiheit. Je größer die Anzahl der Ideen, desto mehr Auswahl und Wettbewerb kann es auf einem Markt der Ideen, auf dem sich Medien, Politik und einzelne zur Bildung der „öffentlichen Meinung“ bedienen, geben. Tatsachenbehauptungen werden deshalb teleologisch in den verfassungsrechtlichen Schutz eingeschlossen, um nicht durch eine künstliche Differenzierung des Tatsachen- und Werturteilsbestandteils einer Meinung („Vermischungsargument“) den Mei-

---

284 Bei der kommerziellen Sprache mag es hier weniger Probleme geben; etwa wenn der Prominente in vorangegangenen Filmaufnahmen den Joghurt („..find ich gut“) ausgespuckt hat.

285 Bei Werturteilen der nicht-kommerziellen Sprache muß deshalb, so sie untersagt werden, ausnahmsweise eine *Wirkungsbetrachtung* erfolgen. Wenn ein Werturteil in seinen möglichen Wirkungen für den Staat oder andere Grundrechtsträger (etwa Äquivalenzinteresse, negatives Rezipienteninteresse) unzumutbar schädigend ist, kann es untersagt werden. Der meinungsfreiheitliche Schutzbereich muß eröffnet werden, es handelt sich dann um eine Prüfung des effektiven Garantiebereichs.

286 BVerfGE 93, 266, 293 "Soldaten sind (potentielle) Mörder"..

nungsschutz und damit dessen Ziel - die Bildung einer öffentlichen Meinung - zu gefährden. *Bei der Werbung ist es genau umgekehrt.*

bb) Zentrales Interesse der staatlichen Lenkung und des Rezipienten an Tatsachenbehauptungen

Informative Werbung, die im Kern (dazu siehe im 3.Kapitel I. 4 b und c) Tatsachenmitteilungen beinhaltet, erfüllt vergleichbar die Funktion, die bei der nicht-kommerziellen Sprache dem Werturteil überlassen bleibt.

Im Kern ist die Meinungsfreiheit immer noch das Recht auf Kritik am Staat und seinen Organen und Organträgern; grundsätzlich verfügt der Staat über die Informationen aus seiner Sphäre. Er hat einen weitgehenden Informationsvorsprung, der durch die *Bewertung seiner Kritiker* einer weiteren Öffentlichkeit auch über die Medien zugänglich gemacht wird.

Das staatliche Interesse an einer Transparenz- und Vielfalt der Informationen im Rahmen der privaten Informations"ordnung" gründet sich auf das Ziel des Leistungswettbewerbs. Auch das Äquivalenzinteresse der Rezipienten wird am ehesten durch informative Werbung befriedigt.

Je informierter die Verbraucher ihrer Nachfragefunktion nachkommen können, desto eher wird sich im Wettbewerb das technisch, ökologisch, kostengünstigste und umweltverträglichste Produkt durchsetzen und so neue Anforderungen an Innovationen von Marktteilnehmern und Eintrittswilligen stellen.

Demgegenüber besteht an der Werturteilskomponente einer werblichen Meinung aus der Perspektive eines leistungsgerechten Wettbewerbs<sup>287</sup> wenig Interesse.

Suggestive Werbung erhöht den Preis eines Produktes, verringert damit die Zahl der Personen, für die es verfügbar ist, und führt möglicherweise zu Allokationsverlusten, weil die Verbraucher schlechtere und teurere Produkte „mit Flair“ kaufen.

Ein Haupteinwand gegen die Suggestivwerbung richtet sich deshalb gegen die *Verschlechterung der Markttransparenz.*

cc) „Meinungsfreiheitlicher“ Schutz für die suggestive und/oder informative Werbung?

Welche Folgerungen sind aus dem Potential suggestiver Werbung zur Verschlechterung der Markttransparenz im Rahmen einer „sinnvariablen“ Auslegung (dazu siehe oben I 2 a aa) der Meinungsfreiheit zu ziehen? *Genauso wie das Werturteil bei der nicht-kommerziellen Sprache der Suche nach Wahr(haftig)keit dienen soll, genauso schädlich droht die suggestive Werbung diesem Ziel auf dem Markt der Produkte zu werden.* <sup>288</sup> Wieso sollte also die Verfassung *die suggestive Werbung „meinungsfreiheitlich“ schützen*, so den wirtschaftspoli-

---

287 Zum Unterhaltungswert FAZ v.15.5.1998 S. 19 "Von Fernsehuffeln und begeisterten Anhängern der Werbung" mit Zahlen über die Skepsis der Deutschen und die Werbeoffenheit der Briten..

288 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.111.

tischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers verengen<sup>289</sup> und sogar die immer weitergehenden Transparenzbestrebungen (siehe im 3.Kapitel I 4 c ee) durch den „meinungsfreiheitlichen“ Schutz der Werbung konterkarieren?

Ein Beispiel ist das Energieetikettierungsrecht. Wenn viel gemeinschaftsrechtliches und mitgliedstaatliches Engagement für die Etikettierung von Haushaltsgeräten, die Aufschluß über den Energieverbrauch gibt, erfolgt<sup>290</sup>, dann sind die Zielkonflikte mit einer suggestiven Markenwerbung für wenig energiesparsamen Geräte vorhersehbar.

Für eine Eingliederung der suggestiven Werbung in die „Meinungsfreiheit“ könnte nach hier vertretener Ansicht allenfalls sprechen, daß eine Trennung von informativer und suggestiver Werbung oder entsprechenden Werbeelementen (strategisch; dazu siehe im 3.Kapitel I 4 c bb und dd) schwer möglich ist („Vermischungsargument“).<sup>291 292</sup> Festzuhalten bleibt aber, daß ein Paradigmenwechsel erfolgen muß: *Wird bei der nicht-kommerziellen Sprache die Tatsachenbehauptung wegen der meinungsbildenden Funktion geschützt, so wird bei der kommerziellen Sprache das Werturteil wegen der Steigerung der Rezeptionsfähigkeit der Rezipienten für den Tatsachenkern geschützt.*

#### 4. Systematische Auslegung innerhalb von Art.5 Abs.1 S.1 und 2 GG

Es gibt hier zwei grundlegende Ansätze, die zur Diskussion stehen, nämlich zum einen die hier favorisierte, wortlautnähere Argumentation und zum anderen die These eines einheitlichen Kommunikations- und/oder Informationsrechts.

##### a) Wortlautnähere Argumentation: Differenz zwischen Meinung, medialer Garantie und Informationsfreiheit

Der meinungsfreiheitliche Schutz von Werbung könnte durch eine Argumentationskette der unterschiedlichen Gewährleistungen des Art. 5 GG hergeleitet werden.

Ein praktisches Beispiel für eine solche Argumentationskette zeigt die Diskussion um die Tabakwerbeverbote und im Rahmen dieser Arbeit wird als Beispiel einer betroffenen, medialen Garantie die Presse gewählt.

---

289 Wobei die wirtschaftliche Bedeutung von Werbung nicht bestritten werden soll.

290 Siehe im 3.Kapitel I 4 c ee).

291 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.113, Fn.58 will deshalb auch die Emotionen, die durch sachbezogene Informationen erregt werden, von Art.5 Abs.1 S.1 GG schützen. Als wenig überzeugendes Beispiel zitiert er die Bezeichnung "rostfreier Stahl", die die Konnotation "wertvoll" enthalten soll.

292 Parallel, wenn auch aus unterschiedlicher Ausgangsrichtung, argumentierend, könnte man auf die Schwierigkeiten der Trennung verweisen und im Interesse eines extensiven Meinungsschutzes suggestive und informative Werbung einbeziehen (F. Drettmann, a.a.O., S.102, 105). Dafür spricht vor allem die Werbepaxis. Die Wahl zwischen suggestiver und informativer Werbung steht dem Werbenden nur offen, wenn es Produktunterschiede gibt. Die sind oft in vor allem oligopolistisch strukturierten Märkten nicht gegeben, so daß - falls Werbung überhaupt effektiv sein soll - ein Ausweichen auf die Suggestivwerbung vorgegeben ist. Dies könnte bei einer unterstellten Beschränkung des Meinungsschutzes auf die informative Werbung - je nach Marktsituation - zu einer faktischen Werbungsbarriere in solchen Märkten führen (F. Drettmann, S.108). Es handelt sich nach hier vertretener Ansicht um kein plausibles Szenario, weil inzwischen das BVerfG auch das Informationsinteresse der Rezipienten im Rahmen von Art. 12 GG schützt.

Wenn man versucht, den Schutz der Werbung in Art. 5 Abs. 1 GG anhand des Wortlauts der Verfassung zu ermitteln, so müßte die Argumentationskette wie folgt lauten:

Wenn Tabakwerbeanzeigen im Rahmen der Pressefreiheit von Art.5 Abs.1 S.2 GG geschützt werden, dann ist auch der Zugang zur Werbung in der Presse durch die zur Pressefreiheit komplementäre Informationsfreiheit (Art.5 Abs. 1 S.1. 2 Alt. GG) geschützt. Die Informationsfreiheit ist ebenfalls zur Meinungsfreiheit (Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG) komplementär, so daß Werbung auch als Meinung geschützt ist.<sup>293</sup>

Der Werbende kann sich bei dieser "*Kumulationsargumentation*" mittelbar auf Rezipienten- und Mediengrundrechte berufen. Diese Argumentation verkennt nach hier vertretener Auffassung die Filterfunktion der Grundrechtsbetroffenheit unterschiedlicher Grundrechtsträger. Die allein aufgrund einer abstrakten Betrachtung möglichen Differenzierungen veranschaulicht die Entflechtung:

- (1) Wer Tabakwerbung eine *Information* entnimmt, soll als Rezipient klagen. Es ist so gewährleistet, daß nicht der Kommunikator über die informationelle Bedeutung seiner Meinung entscheidet, sondern der distanzierte Rezipient.
- (2) Wenn die *Medien* in den Tabakwerbeverboten eine Beeinträchtigung ihrer Medienfreiheit sehen, sollen sie klagen. Es ist einsichtig, daß die Medien nicht *in ihrer Berichterstattung oder Meinung* beschränkt sind, weil sie weiter gegen Tabakwerbeverbote und für Tabakkonsum in ihrem "Programm" anschreiben können. Soweit die Presse Einnahmeverluste durch Werbeverbote geltend macht, handelt es sich um eine mediale Finanzierungsargumentation.

Diese ist medienspezifisch zu prüfen, weil etwa der (Privat-)rundfunk anders dimensionierte Finanzierungsansprüche via Werbung hat als die wesentlich staatlich unabhängigere Presse. Es ist dann eine Frage der liberalen oder institutionellen Betrachtungsweise, ob man allen Medien gleichmäßigen rechtlichen Schutz für Finanzierungschancen – (die privaten Werbenden können nicht gezwungen werden, Insertionsaufträge zu erteilen) – zugestehen will oder ob man wegen der Hoffnung auf Vielfalt und Qualität für die unterschiedlichen Medien unterschiedliche Finanzierungsmodelle wählt und wählen darf (auch gebührenfinanzierter öffentlich-rechtlicher Rundfunk zur Wahrung der Grundversorgung; werbefinanzierter Privatrundfunk als Herausforderung der öffentlich-rechtlichen Mitbewerber).

Diese mediale Finanzierungsargumentation verlangt zunächst die Erkenntnis, wie weit der effektive Garantiebereich der Finanzierung der Presse reicht. Hier kann auch eine Rolle spielen, daß der Ausfall der nunmehr *regulierten* Werbekunden aus der Tabakindustrie durch den Markteintritt der jetzt *dere-*

---

293 Statt vieler P.J.Tettinger (Hrsg.), EG-rechtliche Verbote von Werbung und Sponsoring bei Tabakerzeugnissen und deutsches Verfassungsrecht, 1998, S. 151 Thesen 14- 21; ähnlich K.Grigolet, J.Kersten, Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikationen, DVBl 1996, 596 ff.

*gulierten* Energie- und Kommunikationsdienste kompensiert wird. Ein Grundrecht auf Finanzierungs- und Chancen*maximierung* gibt es bei Art. 5 GG – wie auch in anderen Branchen der Wirtschaftsverfassung – *nicht*.

Von dieser Finanzierungsargumentation ist eine andere Argumentation klar zu unterscheiden:

Wenn eine (Tabak-)Werbung von der Presse abgedruckt wird, dann ist einfachrechtlich (§ 1 UWG in Verbindung mit einem zu erlassenden Tabakwerbeverbotsgesetz) auch anhand der medialen Garantie (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) zu beurteilen, welche Prüfungspflichten und welche Folgen der Verstoß gegen diese Prüfungspflicht<sup>294</sup> *für die Presse im Einzelfall hat*.

- (3) Wenn der Kommunikator von Tabakwerbung der Auffassung ist, daß seine Werbung eine "Meinung" ist, dann soll er klagen. Man kann dann anhand der konkreten Werbung beurteilen – wie bei der nicht-kommerziellen Sprache auch – ob es für den Einzelfall um eine "Meinung" handelt.

b) *Art. 5 Abs.1 GG als einheitliches Kommunikationsgrundrecht*

Ein Teil der Literatur faßt *Art. 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG* systematisch als *einheitliches und übergreifendes Kommunikationsrecht*<sup>295</sup> auf, das aus unterschiedlichen Quellen, also den Meinungen und Informationen des ersten Satzes wie den Medienfreiheiten des zweiten Satzes gespeist wird.

"Die *Freiheitlichkeit der Kommunikationsverfassung muß dementsprechend ein Leitmotiv der Ausgestaltung der Rechtsordnung* und der realen Lebensverhältnisse sein. Diese Aufforderung baut auf dem liberalen Konzept auf, *nach dem einerseits "jeder frei sagen kann, was er denkt" und nach dem andererseits durch den ungehinderten kommunikativen Austausch von Tatsacheninformationen und Wertungen* die Möglichkeit eröffnet werden soll, das "wahre Geschehen" zu erkennen bzw. "richtige" Handlungsorientierung zu gewinnen und Entscheidungen selbstbestimmt zu treffen".<sup>296</sup>

Für solche Auffassungen liegt es nahe auf die *Wirkung* von Sprache abzustellen – und nicht auf den *Ursprung (Kommunikator)* und die *grundrechtlich unterschiedlich geschützten Interessen der übrigen am Kommunikationsprozeß Beteiligten* (der Rezipienten, der Medien und der Werbeagenturen und der "Werbeindustrie").

---

294 Diese Prüfungspflicht – für die Wettbewerbswidrigkeit einer Anzeige – ist vom BGH Urt.v. 6.7.1995 "Kinderarbeit" NJW 1995, 2490 f bejaht worden.

295 Die Bedeutung dieser Auslegung als einheitliches Kommunikationsgrundrecht wird vor allem bei zwei Fragestellungen deutlich: zum einen bei der Diskussion des meinungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung und zum anderen bei der Ermittlung der effektiven Garantiebereiche für die "neuen", und vor allem für die elektronischen Medien.

296 W.Hoffmann-Riem, Alternativkommentar, 2. Aufl., 1989, Art. 5 Rn. 34.

aa) Vorteile einer einheitlichen Betrachtung: das Vermeiden der Komplexität der Norm

Das Verhältnis von Meinungs- (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG), Informations- (Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Alt. GG), Presse-, Rundfunk- und Film- (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) und Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) hat die Literatur und Rechtsprechung seit Erlass des Grundgesetzes beschäftigt,<sup>297</sup> weil Art. 5 GG, ein äußerst differenziertes Modell des Schutzes von Sprache zugrundeliegt, das grundlegende Entscheidungen in weiten Teilen der Dogmatik und Gesetzgebung überläßt.

(1) *Divergenz von "Meinungs-" und "Informationsfreiheit"*. Ein Beispiel ist die Unterscheidung von Meinungsäußerungs- und Informationsempfangsfreiheit. Bei unvoreingenommener Betrachtung würde man eine Entsprechung wünschen: also auf der Seite des Kommunikators<sup>298</sup> eine Äußerungsfreiheit, deren Inhalte auf der Seite des Rezipienten durch eine kongruente Empfangsfreiheit geschützt sind. Welche Rechtfertigung gibt es, daß Meinungen, deren Äußerung geschützt ist, eventuell vor dem Rezipienten abgefangen werden dürfen (wenn man "Informationen" als ein aliud oder minus zur "Meinung" begreift) oder umgekehrt, daß ein Recht auf Empfang von allgemein zugänglichen Informationen beim Rezipienten besteht, für die aber kein Äußerungsfreiheitlicher Schutz beim Kommunikator besteht (etwa weil "Meinung" eben keine Tatsachenbehauptung umfaßt, und deshalb ein "minus" zur Information ist).<sup>299</sup>

(2) *Relation von Meinungs- zu Medienfreiheit*. Ein weiteres Beispiel, das für den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung von zentralem Interesse ist, ist das Verhältnis von Meinungsfreiheit zu Pressefreiheit. Sind die Meinungen der Presse specialiter in Satz 2 geschützt oder gilt auch für die Meinungen der Presse der 1. Satz? Das BVerfG hat sich für letzteres entschieden.<sup>300</sup> Kann man dann also folgern, daß, wenn die Presse bei ihren in Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG geschützten "Meinungen" *grundsätzlich nicht "im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs" handelt (§ 1 UWG)*, das Gleiche auch für die "Meinung" des Werbenden gelten muß (dazu siehe bereits 3. Kapitel V 5 a und d)? Diese Ansicht, die sicher nicht mit der bisherigen

---

297 Siehe die Schilderungen auch zum Verhältnis von WRV und Herrenchiemseer Entwurf bei Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1 Band, 1966, S. 235-248.

298 Die Begriffe "Kommunikator" und "Rezipient" wurden von W. Hoffmann-Riem, Alternativkommentar, 2. Aufl., 1989, Art. 5 Rn. 16, 20 ff. übernommen.

299 H. Windsheimer, Die "Information" als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG, 1968, S. 67 ff.; 79 ff.

300 Nicht einmal das Verhältnis von Meinungs- zu Pressefreiheit ist eindeutig; je nach dem ob es um den Inhalt der Meinung geht – dann die Meinungsfreiheit – oder ob es um die Organisation von Medien geht – dann die Pressefreiheit nach BVerfGE 85, 1, 11 ff. ("Bayer Aktionäre"); und siehe die Kritik R. Herzog, Maunz-Dürig, Art. 5 Rn. 154 ff..

Vermutung des BGH für eine Wettbewerbshandlung bei der Werbung<sup>301</sup> übereinstimmt, ist schon früher in anderem Zusammenhang geäußert worden:

"Der Presse steht grundsätzlich kein umfassenderes Meinungsäußerungsrecht zu als jedem einzelnen Bürger."<sup>302</sup>

Damit müßten die Wettbewerbsgerichte bei der Werbung immer detailliert das "Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs" prüfen, während wettbewerbswidriger Verdrängungswettbewerb durch Dumping (Kontrahierungspolitik) oder die Nachahmung der Leistungen des Mitbewerbers (Produktpolitik)<sup>303</sup> weiter vereinfacht aufgrund der Vermutung einer Wettbewerbshandlung geprüft werden könnten.

(3) *Medienfreiheit als Finanzierungsfreiheit.* Ein Beispiel für das grammatische Schweigen des Art. 5 Abs. 1 GG ist die Organisation der Medienfreiheiten, die beim Rundfunk (zu dem auch das Fernsehen gehört) und der Presse in den fünfziger Jahren grundsätzlich unterschiedlich waren und sich erst in den letzten Jahren durch die Zulassung privater Rundfunkveranstalter und die Begehrlichkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter auf weitere Werbeeinnahmen einander annähern. Es stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die auf Werbeeinnahmen angewiesenen Privatrundfunkveranstalter, die mischfinanzierte Presse (Werbeeinnahmen und Kaufpreis für die Presse) und die mischfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter (Werbeeinnahmen, Gebühren) grundrechtlichen Schutz vor Werbeverboten und/oder -beschränkungen haben.

Aktuell ist dieses Thema für die Tabakwerbe"verbote" bei der Presse<sup>304</sup>, bei der die Literatur eine "Tangierung" des Schutzbereichs bei "spürbarem Umsatzrückgang" bejaht.<sup>305</sup>

Diese "Skizze" der (Un-)Gewißheiten veranschaulicht die mögliche Bedeutung eines (objektiv-rechtlichen) Prinzips, auf das alle einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 5 Abs. 1 GG zurückgeführt und ausgerichtet werden können: nämlich des Prinzips der *Kommunikationsfreiheit*."

bb) Vom Prinzip der Kommunikationsfreiheit zur Informationsfreiheit; von der "Prozeßstandschaft" und "dem ganzheitlichen Schutz des Kommunikationsprozesses"

Es geht um die Eröffnung eines "Markts der Ideen", der grundsätzlich für den aktiven Grundrechtsträger noch freier sein soll als der "Markt der Produkte". Die

---

301 Siehe auch BGH Urt.v.23.4.1998 Az. I ZR 2/96 "Preisvergleichsliste II".

302 G.Diemer, Meinungsfreiheit und Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für R.Klaka, S. 44, 52.

303 Zu diesen Fallgruppen von § 1 UWG Baumbach/Hefermehl, UWG, Übersicht vor § 1 m.w.N.

304 Die Rundfunkwerbung für Tabak ist längst verboten (§ 22 Abs. 1 LMBG).

305 D.Kevekordes, "Tabakwerbung", 1994, S. 114.

Sprache nahezu jedes Kommunikators<sup>306</sup> – auch des Werbenden – wird als Beitrag zum Prozeß der Bildung der öffentlichen Meinung geschützt. Diese Auffassung kommt in der Zuspitzung von *Wolfgang Hoffmann-Riem* auf die "Kommunikatorfreiheit"<sup>307</sup> zum Ausdruck kommt.

Bei der kommerziellen Sprache (Werbung) will der gleiche Autor – ohne das weiter zu erklären – nur eine "Kommunikationsfreiheit" beanspruchen.<sup>308</sup> Nach hier vertretener Ansicht ist dieser terminologische Unterschied durch die unterschiedliche Bewertung der Rezipientenrechte (dazu siehe unter V) erklärbar.

Der *Vorteil* dieses Prinzips ist, daß es sich von der grammatischen Komplexität der Sätze 1 und 2 von Art. 5 Abs. 1 GG zu lösen vermag, und so eine *ganzheitliche Betrachtung des Kommunikationsprozesses* ermöglicht. So müßte es möglich sein, daß sich etwa der Kommunikator, wenn er Grundrechtsträger ist, auf *alle* Auswirkungen des Werbeverbots auf den Kommunikationsprozeß im Sinne der *Grundrechtskumulationsthese* (siehe oben unter a) beruft.

Jeder der Beteiligten am Kommunikationsprozeß wäre "Prozeßstandschafter" für den Kommunikationsprozeß in seiner Ganzheit.<sup>309</sup>

Darüber hinaus könnten auch das *Vorfeld* des Kommunikationsprozesses mit in die Prüfung einbezogen werden.

So wäre zu prüfen, ob die Verbreitungsorgane der kommerziellen Sprache in den kommunikationsfreiheitlichen Schutzbereich integriert werden. Anders als die ideelle Sprache (zum Begriff siehe unter 2.Kapitel II g) ist die kommerzielle Sprache nur lebensfähig, wenn sie *auch über nicht-mediale Werbemittel und -träger verbreitet werden kann*. So könnte Art. 5 Abs. 1 GG in das Bauordnungsrecht erstreckt werden, wenn eine Werbung via genehmigungsbedürftiger Lichtreklame, Plakatwand oder Schaukasten verbreitet werden soll (Beispiele siehe im 3.Kapitel I 4). Für den Kommunikationsprozeß kommt es nicht mehr darauf an, daß eine Meinung einem Kommunikator zuzurechnen ist, sondern daß ein Beitrag mit einer bestimmten Wirkung erfolgt. Die Typik kommerzieller Sprache besteht darin, daß die finanziellen Mittel für die Präsentation in ganz anderem Maße zur Verfügung stehen als bei der ideellen Sprache natürlicher Personen. Konsequenterweise wäre zu erwägen, ob die BVerfG-Rechtsprechung zum Recht auf effektive Äußerung der Meinung in gleichem Maße auf die kommerzielle Sprache zu erstrecken ist mit der Folge der Erstreckung auf das Vorfeld.

Zu prüfen wäre auch, ob die *nicht-medialen Werbeträger und -mittel und etwa Werbeagenturen* auch kommunikationsfreiheitlichen Grundrechtsschutz genießen.<sup>310</sup> Ansichten, die auf die *Wirkung* der Meinungsäußerung abstellen und sonst

---

306 Zur Frage, inwieweit dann logisch der Staat weiterhin darauf verwiesen werden kann, keine meinungsfreiheitlichen Schutz zu beanspruchen V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, S. 115-125 und S. 137-140.

307 W.Hoffmann-Riem, Alternativkommentar, 1989, Art.5 Abs.1,2 Rn.32 ff.

308 W.Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit für die Werbung, ZUM 1996, 1.

309 Zurückhaltend Ch.Degenhart, BK. Art. 5 Rn. 33 ff, der "dem übergreifenden Grundrecht der Kommunikationsfreiheit" über die einzelnen Teilfreiheiten hinaus keinen weitergehenden normativen Gehalt zubilligen möchte.

310 Das Plakatierunternehmen soll nach Literaturansichten *keine Meinung* äußern, sondern nur Werbeträger bereitstellen. F.Drettmann,a.a.O.,1984, S.126 m.w.N. es überzeugt, das

auf das Kriterium konkreter Zurechenbarkeit verzichten zu können glauben, bejahen konsequenterweise den kommunikationsfreiheitlichen Schutz.

**Die Feststellung, daß die Werbeindustrie – "advertising industry", "advertising agencies", "advertising companies etc."<sup>311</sup> – kommunikationsfreiheitlich geschützt seien, führt zu einer Sektoralisierung des grundrechtlichen Schutzes der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und zur Multiplikation der Zuweisungsprobleme von Sachverhalten zu den Schutzbereichen:**

- zum einen wäre zu klären, wo die "Werbeindustrie" beginnt und wo sie endet: beginnt sie beim Papierfabrikanten oder erst beim Hersteller von Leuchtreklame?
- zum anderen wären Werbeagenturen anders zu beurteilen als Marketingagenturen, weil letzere sich mit der Absatztätigkeit insgesamt und nicht nur der Werbung widmen.

#### cc) Kritik

Hinter diesen zunächst detailbeschränkten ("Meinung", "Information"), dogmatischen Öffnungen des sachlichen und persönlichen Schutzbereichs bei Art. 5 Abs. 1 GG tritt so immer mehr die Entwicklung eines **Rechts der Informationsfreiheit** hervor. Die Werbung selbst ist grundsätzlich nicht kommunikativ, sondern egozentrisch. Sie wird nur im Rahmen von bezahlten Werbeträgern und – mittel verbreitet, und ist gerade nicht auf Interaktion<sup>312</sup> angelegt.

Es sei denn man wollte – was konsequent wäre, aber noch nicht vertreten wird – den **Kauf von Benetton-Produkten** infolge der Werbungen I-II als (kommunikationsfreiheitlich geschützte?) Interaktion bewerten.

Es geht bei diesen umfassenden und wenig differenzierten Auffassungen<sup>313</sup> vorrangig um **den Schutz von einseitig angebotener "Information" und nicht um "Kommunikation"**.<sup>314</sup>

- "**Meinung**" soll wertneutral interpretiert werden, und es soll grundsätzlich nicht auf die persönliche Zurechenbarkeit ankommen.

---

Plakatierunternehmen aus dem Schutzbereich herauszunehmen, weil der Werbungsadressat ihm diese "Meinung" nicht zurechnet und für ihn das Unternehmen nicht identifizierbar ist.

311 So will U.Steiner, *The Constitutional Framework for Commercial Advertising in the Federal Republic of Germany*, S. 123, 130, in: W.Skouris, *Advertising and Constitutional Rights in Europe*, 1994: "Overall the inclusion of the advertising industry within the protective scope of art. 5 sect. 1 Point 1 of the Basic Law entails a considerable improvement of its constitutional position." Auch E.Schmidt-Jortzig, *Meinungs- und Informationsfreiheit* § 141, Rn. 21, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Band VI, 1989, der bei der nicht-kommerziellen Sprache einen wertneutralen Ansatz pflegt, will hier danach – wenig praktikabel und für einen wertneutralen Ansatz nicht konsequent – entscheiden, ob dem "Werber" der "Inhalt der Botschaft völlig gleichgültig sei.

312 Das mag bei Public Relations grundsätzlich anders sein (Siehe 3.Kapitel IV).

313 Ganz anders noch P.Lerche, *Werbung und Verfassung*, 1967.

314 Diese nun, durch die extensive Interpretation der einzelnen Tatbestandsmerkmale ("Meinung", "Information" als Informationsvorsorge Privater), auf Art. 5 Abs. 1 GG gestützte, hier als "Informationsfreiheit" bezeichnete Auslegung, vereinigt alle liberalen Positionen, die für den Kommunikator in Art. 5 Abs. 1 GG diskutiert werden.

- "**Informationsfreiheit**" (im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Alt. GG) soll nicht nur den Zugang des Rezipienten – um den er sich selber bemühen muß, und bei dem er inzident entscheidet, ob er an dieser Information überhaupt interessiert ist – sondern jede Beschränkung beim Kommunikator umfassen.<sup>315</sup>
- Wenn man die Erstreckung des *persönlichen Schutzbereichs auf die "Werbeindustrie"* würdigt, kann man nur zu dem Ergebnis kommen, daß es – bildlich gesprochen – um den Schutz des Zugangs zu einem Ufer des Informationsflusses (für die Werbung) geht.

Weil dieser Informationsfluß für unseren Staat (und unsere Gesellschaft?) so konstitutiv sein soll, wird die Freiheit seiner Strömung vor staatlicher Kanalisierung und Schleusung durch Schutzreservate an den Ufern, an denen die informationsflußrelevante Wirtschaft siedelt, geschützt. Nicht ""meinungsfreiheitlich"" relevante Unternehmen wie etwa Energieversorger oder Krankenversicherungen werden in dieser Verfassungsbetrachtung erst um ihren grundrechtlichen Rang – anders als Werbeagenturen – ringen müssen.

Diese eher theoretische Kritik an sehr wenig differenzierten, hier als "informationsfreiheitlich im weiteren Sinne" orientierten Argumenten muß durch praktische Kritik ergänzt werden. So schwierig und oft wenig überzeugend die Unterteilung von Tatsache und Werturteil, die Systematik von Meinungs-, Informations- und Medienfreiheiten bei einer wortlautnäheren Interpretation von Art. 5 Abs. 1 GG im Einzelfall sein mag, so gibt sie dennoch den Argumenten eine Struktur, die sich Modelle des Informationsflusses erst erarbeiten müssen. Der Informationsmarkt bedarf nach hier vertretener Ansicht auch in Zukunft bestimmter staatlich mit-verantworteter Säulen, auch wenn diese vielleicht neu betrachtet, ergänzt und gewichtet werden müssen.

Wenn es um den diskriminierungsfreien Zugang zum Informationsfluß geht, wird sich ein öffentlich-rechtliches Rundfunkwesen als Element staatlicher Regulierung (Gebühren) und Schwerpunkt einer "Struktur der öffentlichen Meinung" schwer rechtfertigen lassen. Auch die Privilegierung des "Instituts der Presse", was etwa ihren Informationsanspruch angeht, wird sich schwer in ein "Informationsfluß"-modell einordnen lassen. Die Möglichkeiten neuer Massen und elektronischer Medien werden diese Strukturen herausfordern – nach hier vertretener Ansicht schließt es Art. 5 Abs. 1 GG nicht aus, daß der Staat Rahmenordnungen und durch einige Säulen eine möglichst allen zugängliche Grundstruktur errichtet.

Die Skepsis gegenüber dem Staat, die dem "informationsfreiheitlichen Modell im weiteren Sinne" zugrundeliegt, mag über die Jahrtausende genährt worden sein.

---

315 Die grammatische Auslegung, was denn Information ist, und ob etwa die Tabakwerbung diesen Anforderungen genügt, wird entweder vernachlässigt oder damit begründet, daß der Verlust der Information der Bevölkerung durch die bei der Tabakwerbung notwendigen Warnhinweise der EG-Gesundheitsminister(!) zur Ungeeignetheit von Tabakwerbeverboten führte. Th. von Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischen Grundrechtsschutz, 1998, S. 56; nachdem die Tabakindustrie sich gegen die Etikettierung gewendet hatte; siehe etwa das Gutachten M.Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, S. 19 ff.

Genauso ist er aber keine neuere Erkenntnis, daß, wenn der Staat sich weitgehendst zurückzieht und keine Informationsangebote mitverantwortet, die private Meinungsmacht der Meinungsführer bestimmend werden kann und der alte Spruch von "homo homini lupus" neue Bedeutung gewinnt.<sup>316</sup>

c) *Wortlautnähere und meinungsfreiheitliche Konzeption anhand der BVerfG-Rechtsprechung*

Nach hier vertretener Ansicht ist die Struktur des Art. 5 Abs. 1 GG für die Kanalisierung und Kategorisierung der Argumente sowohl für den Schutz der Werbung als auch der "neuen" und "elektronischen Medien" weiterhin von Bedeutung. Die folgenden Unterabschnitte versuchen zu belegen, daß der Schutz der Werbung für die Medien als Werbeträger ein anderer ist als für den Kommunikator und daß die oben geschilderte Argumentationskette (unter a) vor allem angesichts der bisherigen BVerfG-Rechtsprechung nicht überzeugt. Als Beispiel wurde wiederum die "Presse" ausgewählt, weil sie traditionell auf Werbung angewiesen ist.<sup>317</sup>

aa) Werbung und Pressefreiheit

Es entspricht einer ständigen BVerfG-Rechtsprechung Werbeanzeigen im Rahmen der Pressefreiheit<sup>318</sup> zu schützen (Art.5 Abs.1 S.2 GG):

"Außerdem ist der Anzeigenteil allgemein geeignet, die Anliegen der inserierenden Stellen zu offenbaren, und läßt **daher einen gewissen Schluß** auf die kulturelle, politische und wirtschaftliche Lage im Bereich des Verbreitungsgebiets der Zeitung zu. **Diese Möglichkeit sucht gerade ein der Pressefreiheit abgeneigter Staat zu behindern, indem er auch den Anzeigenteil kontrolliert**"<sup>319</sup>.

**Für diese Rechtsprechung** spricht vor allem, daß die die Ausgliederung des Anzeigenteils oder einzelner Anzeigen aus der Pressefreiheit zu einer Umgehung des Vorzensurverbots (Art.5 Abs.1 S.3 GG) oder zu empfindlichen Störungen einer zeitnahen Berichterstattung führen könnte.

Das kann der Fall sein, wenn ein Auslieferungsverbot für eine Zeitung wegen der Wettbewerbswidrigkeit einer einzelnen Anzeige verlangt oder die Auslieferung für die Zeit der Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Anzeige suspendiert werden könnte.

---

316 Die sehr praxisorientierte Studie von N.Hentoff, Free Speech for Me – But Not for Thee, 1992, verdeutlicht das Ringen um die Freiheit der Sprache auch unter Privaten und die Notwendigkeit einer befriedenden Entscheidung, wenn etwa Schüler und deren Eltern (auch in nicht-staatlichen Schulen und Universitäten) um die Lektüre von Huckleberry Finn (The Right to Read a Book with "Niggers" in It, S. 18 ff) oder um Pornographie am Campus (S. 336 ff) ringen. Die Studie, die eigentlich ein Plädoyer gegen Zensur und für Demonstrationen und Gegenrede ist, verdeutlicht auch das von vielen empfundene Schutzbedürfnis vor Sprache. Der Untertitel lautet denn auch "How the American Left and Right relentlessly Censor Each Other".

317 Bei den Berichterstattungsfreiheiten (Film, Funk) stellt sich eine ähnliche Problematik wie bei der Pressefreiheit (Ch.Degenhart, BK, Art. 5 Abs.1,2 Rn.513).

318 BVerfGE 21, 271, 278 "Südkurier"; BVerfGE 30, 336, 352 "Sonnenfreunde".

319 BVerfGE 21, 271 (279) "Südkurier";

Es ist deshalb nicht nur der Anzeigenteil als Gesamtheit, sondern auch die *einzelne* Anzeige pressefreiheitlich zu schützen. Erklärbar ist dieser pressefreiheitliche Schutz der Werbung aber als *Reflex* des Schutzes der Presse (*Vorbeugung gegenüber Zensur*).<sup>320</sup>

*Einen Schutz der Werbung als Finanzierungsquelle* (allgemein 1.Kapitel II 2 c). *der Presse hat das BVerfG* – anders als beim Rundfunk, der rechtstatsächlich andere finanzielle Existenzvoraussetzungen hat<sup>321</sup> – bisher *nicht anerkannt* .

bb) Presse- und Informationsfreiheit bei Werbe"verboten"

Ein historisches<sup>322</sup> Grundrechtsverständnis qualifiziert die Informationsfreiheit zunächst als *Informationsquellenrecht* und nicht als *Informationsgehaltsrecht*.<sup>323</sup> Die Presse ist eine allgemein zugängliche Quelle und deshalb ist der Zugang zu Presseerzeugnissen von der Informationsfreiheit umfaßt. Es kommt hier nur auf den technischen Zugang an, der vereitelt wird; ein Staat hat nicht die Möglichkeit, die "allgemeine Zugänglichkeit" dadurch zu verhindern, daß er dieses Presseerzeugnis rechtlich verbietet.

Wenn eine Tabakwerbung – verbotswidrig – in einer Zeitung abgedruckt wäre und diese verbreitet würde, dann erstreckte sich die Informationsfreiheit auf den Zugang zu dieser Zeitung.<sup>324</sup>

Die Informationsfreiheit des Art.5 Abs.1 S.1 2.Alt. GG enthält grundsätzlich kein Leistungsrecht auf die Verschaffung von Informationen mit einem bestimmten Inhalt. Das Informationsinteresse oder das Informiert-sein ist lediglich ein Reflex der Möglichkeit der Meinungsäußerung und des Zugangsrechts zu den allgemein zugänglichen Informationen.

Nur für die Sicherung eines *Mindeststandards an Informationen*<sup>325</sup>, die sich im Informationsbereich des Staates befinden, wird aufgrund des Demokratiegebots ein Leistungsrecht bejaht.<sup>326</sup>

---

320 W.Hoffmann-Riem, in Alternativkommentar, Art.5Abs.1,2 Rn.23.

321 Ausdrücklich offengelassen in BVerfGE 21, 271, 280.

322 Das Motiv für die verfassungsrechtliche Verankerung der Informationsfreiheit war die Einrichtung von Störsendern im Nationalsozialismus sowie das Verbot, bestimmte Frequenzen abzuhören.

323 R.Herzog, Art. 5 Rn. 87, in: Maunz-Dürig, beschränkt die Informationsfreiheit auf den Zugang zur Quelle und die Unterrichtung an der Quelle – zu ergänzen wäre: nicht aber die Schaffung neuer Quellen. So auch Ch.Degenhart, BK, Art. 5 Rn. 251, 267. W.Geiger, Die Grundrechte der Informationsfreiheit, S. 119, 125 ff, in: Festschrift für Adolf Arndt zum, 65.Geburtstag, 1969.

324 BVerfGE 27, 71, 83 "Leipziger Volkszeitung"; Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Rn 251.

325 Zur Bedeutung der Informationsfreiheit BVerfGE 27, 71, 81f "Leipziger Volkszeitung".

326 F.Schoch, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDSiRL 57 (1998), S. 158, 188 f, der eine Verpflichtung gegen den Staat als Ausgleich von Kontrollverlusten infolge der Privatisierung verlangt ohne – anders als die Tabakwerbeindustrie – bestimmte Inhalte festzulegen (206 ff); R.Herzog, Maunz-Dürig, Art. 5 Rn. 101; noch zurückhaltender gegenüber "bereichsspezifischen Forderungen nach infor-

Weil es grundsätzlich kein Grundrecht auf Information, sondern nur auf **Zugang zur Information** gibt, ist die Argumentation beim Tabakwerbeverbot mit dem informationsfreiheitlichen Schutz der Werbung offensichtlich verfehlt.<sup>327</sup> Weil es grundsätzlich kein Grundrecht auf Information, sondern nur auf Zugang zur Information gibt, ist die Argumentation beim Tabakwerbeverbot mit dem informationsfreiheitlichen Schutz der Werbung offensichtlich verfehlt. Das Mindestmaß an Information für die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte weist keine Berührungspunkte mit der Tabakwerbung auf. Die von Literaturansichten hier gewählte Interpretation besagt, daß die Informationsfreiheit verbiete, daß Informationen nicht in das Stadium der "allgemeinen Zugänglichkeit" gelangten. Dieser Schutzbereich wird bereits durch die Meinungs- und Medienfreiheiten garantiert. Die Aussage, daß die Verletzung der Meinungsfreiheit immer eine Verletzung der Informationsfreiheit darstelle, verkennt die Spezialität der Informationsfreiheit, wenn es um die technische Vereitelung des Zugangs zu Medien oder die Vernachlässigung der Verpflichtung zur Schaffung einer medialen Rahmenordnung geht (Vereitelung des Zugangs durch Unterlassen).

Weil es in Art. 5 Abs. 1 S. 1 2.Alt. GG kein Grundrecht auf Informiertheit gibt, gibt es auch keinen Anlaß zu prüfen, ob etwa die Tabakwerbespots und -anzeigen "informativ" sind. Es handelt sich bei Tabakwerbeverboten nicht um eine Störung des Empfangs von Sprache, sondern die Untersagung der Äußerung. Die Informationsfreiheit schützt den Gang des Rezipienten zur Quelle der Information, also etwa den Besuch einer Betriebsführung in einer Tabakfabrik. Der Schutzbereich der Informationsfreiheit erstreckt sich nur auf den **Zugang** zu bestehenden Informationsquellen, nicht aber auf die Schaffung oder Zurverfügungstellung einzelner Informationen. Grundsätzlich schützt das BVerfG das "Informationsinteresse" als Allgemeinwohlbelang, der bei Art. 12 Abs.1 GG berücksichtigungsfähig ist (siehe oben unter I 2 b bb).

So bei der rechtlichen Beurteilung von freiberuflichen Werbeverboten<sup>328</sup> oder bei der Verpflichtung, anderen Rundfunkveranstaltern eigenes Programmmaterial zur

---

mationeller Grundversorgung" H.-H.Trute, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), S.217, 225.

327 P.J.Tettinger (Hrsg.), EG-rechtliche Verbote von Werbung und Sponsoring bei Tabakerzeugnissen und deutsches Verfassungsrecht, 1998, S. 113 ff unter Bezug auf U.Steiner, The Constitutional Framework for Commercial Advertising in the Federal Republic of Germany, S. 123, 131 f, in: W.Skouris, Advertising and Constitutional Rights in Europe, 1994, der sogar nicht definitiv ausschließt, daß Tabakwerbung diese Bedeutung für die öffentliche Meinung hat und im übrigen die Informationsfreiheit immer dann verletzt sieht, wenn die Meinungsfreiheit verletzt ist; ähnlich B.Ackermann, Die Bedrohung der Werbefreiheit, WRP 1998, 665f.

328 BVerfG Beschl.v.14.7.1987, NJW 1988, 194 zur "standesrechtswidrigen" Pressemitteilung eines Anwalts über eine Selbstanzeige wegen Geheimnisverrat und eine Strafanzeige gegen Polizisten wegen Nötigung zu demselben. Das BVerfG führt aus "kann die grundsätzliche Befugnis zur Information der Öffentlichkeit nicht zu einer Ausnahme reduziert und ... auf essentielle, die Öffentlichkeit bewegende Vorfälle oder zur Abwehr drohender Rechtsverletzungen in Konfliktsituationen beschränkt werden. Hier lassen sich derartige Informationen wegen der damit verbundenen Werbewirkung allenfalls umgekehrt ausnahmsweise dann beanstanden, wenn für diese Informationen keine oder ein derartig geringes öffentliches Interesse erkennbar ist, daß der Werbeeffect demgegenüber deutlich überwiegt." Damit soll in der Interpretation von K.A.Nagel, Werbeverbote, S. 90 die Werbewirkung der Tätigkeit, der Büroeinrichtung, der Titelführung, der Art und Form des Kanzleischildes standesrechtlich zulässig machen. Noch weitergehend wird unter Beru-

Kurzberichterstattung zur Verfügung zu stellen:" Dabei handelt es sich um *Gemeinwohlgründe von erheblichem Gewicht*. Die Gewährleistung freier Informationstätigkeit und freien Informationszugangs bildet ein wesentliches Anliegen des Grundgesetzes." <sup>329</sup>

Das öffentliche Interesse an der Verbreitung von Informationen wird in der BVerfG-Rechtsprechung als Allgemeinwohlbelang im Rahmen der Dreistufentheorie geprüft und nicht der Verankerung in Art.5 Abs.1 S.1 2.Alt GG unterstellt. Es gibt nur *eine* Entscheidung, in der das BVerfG einen Verletzung der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG durch ein Werbeverbot bejaht hat. Bei dem Versuch, Stellenanzeigen für das Ausland in der inländischen Presse zu verbieten, erkennt das BVerfG:

"Das Bundesverfassungsgericht verkennt nicht, daß eine Wirtschaftswerbung mit der Verfassung vereinbar sein könnte, die im Rahmen der Grundrechte das Ziel verfolgt, die inländischen Arbeitskräfte vor den Gefahren zu schützen, die mit einer Beschäftigung im Ausland etwa verbunden sind...(Erg. Jedenfalls würde es nicht gerechtfertigt sein, das Ziel ... dadurch anzustreben, daß den inländischen Arbeitnehmern die Informationen über Arbeitsmöglichkeiten im Ausland durch die inländische Presse vorenthalten wird. *Dieses Mittel ... ist mit der ebenfalls in Art. 5 Abs. 1 GG garantierten Informationsfreiheit des Bürgers unvereinbar.*"

#### cc) Informationsfreiheit und Meinungsfreiheit

Das BVerfG spricht den großen Wert der Informationsfreiheit für die Meinungsbildung an. Die Informationsfreiheit ist so "Vorstufe" der Meinungsäußerungsfreiheit.<sup>330</sup> Wenn die Informationsfreiheit auch den Anzeigenteil der Presse umfaßt, dann müßte auch die Äußerung der Meinung über diese, in Art.5 Abs.1 S.1 2.Alt GG geschützten Informationen, meinungsfreiheitlich geschützt sein. Denn was nützt die Information, wenn sie nicht verarbeitet und mitgeteilt werden kann? Diese Argumentationskette könnte also dazuführen, daß Werbung in Art.5 Abs.1 GG geschützt ist.

#### dd) Kritik

Die Überprüfung der betroffenen *personellen Schutzbereiche* entkräftet die Argumentationskette: Auf die Pressefreiheit können sich Presseunternehmen berufen, nicht aber der einzelne Inserent. Auf die Informationsfreiheit können sich diejenigen berufen, denen Informationen vorenthalten werden. Der Inserent selbst kennt seine Werbung – ihm wird keine Information vorenthalten.<sup>331</sup> Deshalb bleibt es bei der zu lösenden Frage: Ist Werbung von der Meinungsfreiheit umfaßt?

---

fung auf diese Entscheidung ein Informationsanspruch des Verbraucher (Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt GG) hergeleitet; Nagel, S. 93 Fn. 151, wobei – unzutreffenderweise – nicht zwischen Maßnahmen, mit potentieller Werbewirkung und Werbung unterschieden wird,

329 BVerfG Urt.v.24.9.1998, EuGRZ 1998, 36, 49.

330 So M.Langner, Informationsfreiheit als Grenze informationeller Selbstbestimmung, 1992, S. 118 ff.

331 Ähnlich A.Bleckmann, Die Grundrechte, 3.Aufl, 1989, § 6 III.

Dieser Argumentation könnte die Fallgestaltung entgegengehalten werden, daß der Werbungstreibende selbst eine Pressepublikation herausgibt wie etwa ein Anzeigenblatt ("Interessentenpresse").<sup>332</sup> Dann ist die Werbung Bestandteil seiner Pressefreiheit (die Informationsfreiheit ist wiederum nicht berührt). Fraglich ist, ob die Meinungsfreiheit berührt ist. Hierzu gibt es zwei Argumentationen:

- Die eine sieht in der Pressefreiheit im Sinne von Art.5 Abs.1 S.2 GG eine *lex specialis* zu Art.5 Abs.1 S.1 GG, so daß Rückschlüsse vom Umfang der Pressefreiheit auf die Meinungsfreiheit nicht möglich sind.
- Die andere, die vom BVerfG verwendet wird, sieht in der Pressefreiheit die Gewährleistung der

"für die Funktionsfähigkeit der Presse erforderlichen Tätigkeiten, (Informationsbeschaffung, wirtschaftliche Basis, Tendenzschutz, Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit)"<sup>333</sup>

und nimmt bei durch die Presse *geleisteten eigenständigen* Meinungsbeiträgen – nicht der Berichterstattung über die Anzeigen – eine Überlagerung von Presse- und Meinungsfreiheit mit grundsätzlicher Spezialität der Meinungsfreiheit an. Bei der Identität von Werbendem und Verleger im Fall eines Anzeigenblatts wäre nach dieser Ansicht ein Rückschluß auf die Meinungsfreiheit möglich, *wenn* sich Pressefreiheit und Meinungsfreiheit insoweit überlagern. Jedenfalls nach der Ansicht des BVerfG tun sie das nicht.

Damit kehrt man zur Ausgangsfrage zurück. Ein Präjudiz der systematischen Auslegung für den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung aufgrund des Schutzes der Werbung im Rahmen der Medienfreiheit "Presse" existiert damit nicht. Der folgende Abschnitt wendet sich deshalb einer systematischen Analyse im weiteren Sinne zu, nämlich der Frage, inwieweit das Grundgesetz Sprache und Tun – Kommunikations- und Marktverfassung – strukturell unterschiedlich schützt.

## 5. *Systematische Unterschiede der Garantien des Tuns und der Sprache (im Grundgesetz)*

### a) *Relevanz der Unterscheidung von Garantien der "Sprache" und des "Tuns"*

Die Unterscheidung von Garantien der "Sprache" und des "Tuns" findet sich nicht im Wortlaut der Verfassung, sondern ergibt sich nach hier vertretener Ansicht aus der Teleologie und Systematik der Grundrechte. Die Unterteilung von Grundrechtsverwirklichungen in "Sprache" und "Tun" rechtfertigt sich durch die in einer abstrakten Betrachtung unterschiedliche Beeinflussung der Rechte anderer (und der Interessen der Allgemeinheit): Die *Äußerung* von "Sprache" stellt vor allem die Frage nach dem Schutz der Rezipienten. Sprache führt nicht unmittelbar zur (Um-)Gestaltung der Umwelt, sondern verläßt sich aufgrund ihres appellati-

332 Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.300.

333 Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.57.

ven Charakters auf die konsekutive Handlung des Rezipienten. Sprache kann so nur durch die Motivation der Rezipienten zu *mittelbaren Eingriffen* in die Rechte etwa von Mitbewerbern führen,<sup>334</sup> während das Tun zur *unmittelbaren Gestaltung der Umwelt mit einer potentiellen Eingriffsintensität in die Rechte derjenigen, die von ihrer negativen Grundrechtsfreiheit Gebrauch machen*, fähig ist.

Auch vergleichende Werbung überläßt es dem Rezipienten, die Kaufentscheidung zu treffen, während der Genuß des Eigentums an einem Ufergrundstück andere regelmäßig von dem Genuß dieses Grundstücks ausschließt.

Diese in einer abstrakten Betrachtung unterschiedliche, potentielle Eingriffsintensität der Grundrechtsausübung spiegelt sich in den Schranken. So kennen beide Grundrechte des Tuns konsequenterweise eine Regelungsvorbehalt für den Gesetzgeber (Art. 12 Abs. 1 S. 2 und Art. 14 Abs. 1, 2 GG).

Die Begründung und Ausübung von Eigentumsrechten ("Tun") ist wegen der Auswirkungen dieses Tuns nur dann zulässig, wenn sie auch dem Wohl der Allgemeinheit dient (Art. 14 Abs. 1, 2 GG). Auch die Freiheit der Berufsausübung unterliegt einem Regelungsvorbehalt (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) für den Gesetzgeber.

Bei der Meinungsfreiheit enthält das Erfordernis des allgemeinen Gesetzes ein *Regelungsverbot*, das nur durch das Recht der Ehre und die gesetzlichen Bestimmungen des Jugendschutzes durchbrochen wird (dazu siehe oben unter III).

#### *b) Verhältnis der Schranken des Tuns zu den Schranken der Sprache*

Wenn man das Gegensatzpaar "Sprache und Tun" den Grundrechtsgewährleistungen unterlegt, läßt sich eine Regelungssystematik erkennen, die hier unter den Überschriften

- (aa) Akzessorische Behandlung,
- (bb) Größerer Schutz der ideellen Sprache gegenüber dem Tun,
- (cc) Differenziertes Modell beim Verhältnis von kommerzieller Sprache und Tun,
- (dd) Steuerungsmodelle für kommerzielle Sprache und Tun
- (ee) Veränderungen, wenn Sprache das Tun ersetzt,

erläutert werden.

#### *aa) Akzessorische Behandlung von Sprache und Tun*

Die Grundrechte schützen vorwiegend *Tätigkeiten*, etwa sich zu versammeln, sich zu vereinigen, zu besitzen, und zu arbeiten. Viele dieser Tätigkeiten sind ohne Kommunikation nicht zu verwirklichen.

So setzt die Versammlungsfreiheit die Möglichkeit voraus, andere über Zweck, Ort und Zeit der Versammlung zu unterrichten. Dasselbe gilt für die Vereinigungsfreiheit.

---

334 K.V.Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, Berlin, 1971, S.4.

Ein Mindestmaß an Sprache ist damit Voraussetzung, im folgenden "*Hilfsfreiheit*", für die Ausübung dieser Betätigungsgarantien, im folgenden "*Hauptfreiheit*". Das BVerfG hat vielleicht deshalb in einer Reihe von Entscheidungen die für die Vereinigungsfreiheit (siehe in der beiliegenden Skizze Zeile 1) notwendige *Mitgliederwerbung* an Art.9 Abs.1 GG gemessen und damit die Schranken der "*Hauptfreiheit*" auf die "*Hilfsfreiheit*" angewandt<sup>335</sup>. Dort, wo also Vereinigungen und Versammlungen *unmittelbar für die eigene Existenz werben*,<sup>336</sup> sind die Betätigungsgarantien – und nicht die Meinungsfreiheit – einschlägig. Diese Akzessorietät der Schranken von Tun und Sprache wird außerhalb des Verfassungsrechts bei der strafrechtlichen Ahndung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB) deutlich.

"Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, *für sie wirbt* oder sie unterstützt ..."

Hier wird die Gründung, *Werbung* und Unterstützung der kriminellen Vereinigung mit dem gleichen Strafmaß geahndet (§ 129 Abs.1 StGB). Durch diese Fassung des Tatbestandes wird sichergestellt, daß Sprache und Tun parallelen Sanktionen unterworfen werden können. Diesem Modell der *akzessorischen Behandlung* der Garantie von Sprache und Tun kann die in Art.5 Abs.1 S. 1 1. Alt. GG geschützte Meinungsfreiheit (Zeile 2) gegenübergestellt werden.

bb) Größerer Schutz der ideellen Sprache gegenüber dem Tun

Eine bestimmte Sprache – nämlich eine "Meinung" – ist hier *formal die Hauptfreiheit* – anders als die Freiheit der Äußerung etwa in Art. 10 Abs. 1 EMRK (dazu siehe 5. Kapitel) deutet "Meinung" auf einen sprachlichen Gehalt<sup>337</sup> hin. Diese formal-grammatische Betrachtung muß durch eine systematisch-teleologische ergänzt werden. Die Meinungsfreiheit könnte – obwohl sie formal selbständig garantiert wird – teleologisch und systematisch *Hilfsfreiheit* für die Teilhaberrechte an einem auf demokratischer Repräsentation beruhenden Staat sein:

---

335 BVerfGE 28, 295 (310) "Gewerkschaftswerbung" nimmt eine Spezialität von Art.9 Abs.3 GG gegenüber Art.5 GG bei der Mitgliederwerbung an. BVerfG Beschl.v.14.11.1995 NJW 1996, 1201 "Werbung durch Gewerkschaftsmitglieder während der Arbeitszeit"; BVerfG Beschl.v. 9.10.1991, NJW 1992, 549 "Lohnsteuerhilfverein" für die Selbstdarstellung eines Lohnsteuerhilfvereins, der die Zahl seiner Mitglieder bekanntgemacht hatte.

336 Bei der Sprache, die die (durch Sprache miterzeugte) Vereinigung und/oder Versammlung wählt, stellt sich dann erneut das Konkurrenzproblem etwa R.Herzog, Maunz-Dürig, Art. 5 Rn. 39 (weiter differenzierend für Meinungen der Versammlung und Meinungen, die im Rahmen der Versammlung geäußert werden Rn. 34) für eine Spezialität der Meinungsfreiheit, (so auch BVerfG Beschl.v.13.4.1994 zur Frage der Zulässigkeit von Auflagen für eine Versammlung, bei der erwartet werden kann, daß eine Leugnung der Judenverfolgung eintritt), und anderer Meinung Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art. 5 Rn. 755 für eine Anwendung beider Grundrechte bei der Versammlungsfreiheit und für eine Spezialität der Meinungsfreiheit (a.a.O., Rn 757) bei der Vereinigungsfreiheit.

337 Siehe IIII.

"Aus dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung ergibt sich ein grundsätzliches Recht der freien politischen Betätigung."<sup>338</sup>

Die Mehrheit kann durch das aktive Wahlrecht in bestimmten Zeitintervallen über personale (mit Ausnahme der Volksentscheide in einigen Bundesländern) Alternativen entscheiden. Für alle diejenigen Belange, die nicht von diesen personalen Alternativen erfaßt werden, sowie in den Intervallen zwischen den Wahlzeiten und für die Minderheiten ist die Meinungsfreiheit der Rest an Partizipation, der jedermann im Anwendungsbereich des Grundgesetzes<sup>339</sup>, zusteht. Insbesondere Minderheiten und deren Meinungen, die von Gubernative, Exekutive und Legislative nicht (re-)präsentiert werden, können so zur Vielfalt des Meinungsangebots und vielleicht zur Bildung einer späteren Mehrheitsmeinung beitragen.

Die Meinungsfreiheit könnte damit eine die Hauptfreiheit – Teilhabe des Individuums am demokratisch und repräsentativ organisierten Staatswesen – ergänzende Hilfsfreiheit sein: zum einen, weil es nicht ausgeschlossen ist, daß die Minderheitsmeinung die Meinung der in Gubernative, Exekutive und Legislative vertretenen Mehrheit durch "Rückkoppelungs"<sup>340</sup>prozesse zu beeinflussen vermag und zum anderen, weil an der Bildung der öffentlichen Meinung kraft des Jederrechts des Art. 5 GG auch Grundrechtsträger teilnehmen dürfen, die von der demokratischen Partizipation via Wahlen ausgeschlossen sind. Die Bedeutung der öffentlichen Meinung (zum Begriff und Funktion siehe unter III 3 c aa), die die Existenz und den grundrechtlichen Schutz der Meinungen Privater verlangt, ist vom BVerfG im Maastricht-Urteil hervorgehoben worden.

"Demokratie, soll sie nicht lediglich formales Zurechnungsprinzip bleiben, ist vom Vorhandensein bestimmter *vorrechtlicher*<sup>341</sup> Voraussetzungen abhängig, wie einer *ständigen freien Auseinandersetzung* zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln (Vgl. BVerfGE 5, 85, 135, 198, 205; 69, 315, 344 ff) und aus der heraus *eine öffentliche Meinung den politischen Willen verformt*. Dazu gehört auch, daß die Entscheidungsverfahren der Hoheitsgewalt ausübenden Organe und die jeweils verfolgten politischen Zielvorstellungen allgemein sichtbar und verstehbar sind, und ebenso, daß der wahlberechtigte Bürger mit der Hoheitsgewalt, der er unterworfen ist, in seiner Sprache kommunizieren kann."<sup>342</sup>

Das BVerfG zitiert nicht den Diskurstheoretiker *Jürgen Habermas*; die Forderung nach einer *"Verformung" des politischen Willens durch die öffentliche Meinung* wurde von ihm bereits zu Beginn der sechziger Jahre erhoben:

---

338 BVerfGE 20, 56, 98; 5, 85, 134 f. Diese Formulierung betont, daß die Meinungsfreiheit ganz auf das Teilhaberecht ausgerichtet ist.

339 Zur Anwendung der Meinungsfreiheit auf Sachverhalte mit Auslandsberührung siehe im 6. Kapitel.

340 Siehe BVerfGE 89, 155, 185, das die "Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten" verlangt.

341 S.Chambers, Zur Politik des Diskurses: Verlieren wir unsere Rechte?, in: K.O.Apel/M.Kettner, Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft, S.168, 181,ff die daraufhinweist, daß Meinungsfreiheit nicht nur ein vordiskursgängiges Grundrecht ist, sondern selbst durch den Diskurs begründet sein könnte.

342 BVerfGE 89, 155, 185 ff, H.Lechler, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 72 ff wo das Fehlen einer europäischen öffentlichen Meinung auch wegen fehlender europäischer Medien als (vorläufiges Demokratiedefizit) festgestellt wird.

"Pouvoir als solche wird durch eine politisch funktionierende Öffentlichkeit zur Debatte gestellt. Diese soll voluntas (der pouvoir) in eine ratio überführen, die sich in der öffentlichen Konkurrenz der privaten Argumente<sup>343</sup> als der Konsens über das im allgemeinen Interesse praktisch Notwendige herstellt."<sup>344</sup>

An der Herstellung dieses Konsenses kann jeder<sup>345</sup> mitwirken; das Recht der Meinungsfreiheit steht auch Angehörigen nicht repräsentierter Minderheiten und Ausländern, denen aktives und passives Wahlrecht fehlt und die keinen Zugang zu öffentlichen Ämtern haben (Art.33, 38 Abs.2,3 GG i.V.m. § 12 Abs. 1 BWG), zu.<sup>346</sup> Die rechtliche Relevanz *des Diskurses* beschränkt sich nicht auf diesen demokratiethoretischen Ansatz.

Der reale Diskurs in den Wissenschaften verpflichtet den durch das Verhältnismäßigkeitsgebot im weiteren Sinne (Geeignetheit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) gebundenen Gesetzgeber zur Prüfung, Überwachung und gegebenenfalls sogar zur Reaktion (Anpassung seiner Gesetzgebung) auf aufgrund eines wissenschaftlichen Diskurses geänderte Erkenntnisse – so bei der Betäubungsmittelstrafbarkeit, wenn die Meinungen in der medizinischen Wissenschaft sich ändern.<sup>347</sup> Die Rechtsgrundlage für den wissenschaftlichen Diskurs wird man in Art. 5 Abs. 3 und 1 GG finden.

Die Meinungsfreiheit kann nach hier vertretener Ansicht *grundsätzlich* weiteren Schutz als die Betätigungsgarantie beanspruchen, *weil das Medium Sprache* – nach den Ausnahmen gilt es zu suchen – *weniger rechtsgütergefährdend ist als das Tun*. Es gibt effektiv kein Grundrecht auf terroristische Aktivität oder Brandsetzung von Wohnungen (von Ausländern). Es gibt aber – solange es sich nicht um Werbung, Anstiftung oder Beihilfe für diese Aktivitäten handelt – sehr wohl ein Recht, terroristische Aktivitäten in einer Diskussion zu verteidigen oder seinen Ausländerhaß sprachlich zu ventilieren (Grenze ist die Volksverhetzung § 130 StGB). Es gibt ein *Recht auf Irrtum* bei der (ideellen) *Sprache*, weil die geschichtliche Erfahrung und das Grundgesetz verlangen, daß für eine freiheitliche Gesellschaft der Irrtum des Äußernden eher erträglich ist als der Irrtum des Zensors.<sup>348</sup> Es gibt also bei der Sprache grundsätzlich ein Recht auf Irrtum, das es beim Tun erst nach einer "erfolgreichen" Revolution geben könnte.

So hätten die Morde, Geiselnahmen und weiteren Verbrechen der Rote Armee Fraktion (RAF) nur durch die Etablierung ihres Staates und ihres Rechts legalisiert – wenn auch nicht legitimiert – werden können.

---

343 In einer juristischen Betrachtung wohl eher der "Privaten".

344 J.Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962, S.105.

345 K.v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 102 f ; P.Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz, 2.Aufl, 1983, S.18.

346 Auf die besondere Stellung der EU-Bürger (Art. 8 , 48 EGV) auch bei der Beteiligung an Kommunalwahlen braucht hier nur erwähnt zu werden.

347 BVerfG NJW 1994, 1577, 1584, 1588 (letzteres im abweichenden Votum der Richterin Graßhof).

348 R.Dworkin, The unbearable cost of liberty, Index on Censorship 1995 (3) 43, 46 nennt die Beispiele Salman Rushdies , die Verbannung der Schriften Darwins in den zwanziger Jahren usw.

Einige Ausnahmen zum Grundsatz der geringeren Eingriffsintensität und Gestaltungskraft von Sprache im Vergleich zum Tun sind zum einen Meinungsinhaltsbeschränkungen, die Verunglimpfungen personaler und sachlicher Elemente des Staates betreffen

wie § 109 d StGB Störpropaganda gegen die Bundeswehr bei "gröblich entstellte Behauptungen tatsächlicher Art wider besseres Wissen"; § 90 StGB Verunglimpfung des Bundespräsidenten

und zum anderen die strafrechtliche Bewehrung der Wahrheit und/oder der negativen Rezipientenfreiheit

etwa beim Verbot der sogenannten Ausschwitzlüge.<sup>349</sup>

Auch diese Ausnahmen sind umstritten; in Deutschland bedurfte es eines Gesetzes, um den Meinungsinhalt der Ausschwitzlüge strafbar zu machen – und ein liberaler amerikanischer Verteidiger des Wertes von *Sprache an sich* verlangt auch hier von den Opfern, ihren Nachkommen, Freunden und von allen übrigen Menschen die "unerträglichen Kosten von Freiheit" zu tragen.<sup>350 351</sup> *Auch diese Rede sei mit Gegenrede zu bekämpfen und nicht mit Zensur.* Funktional könnte diese Privilegierung von Sprache durch die Ablehnung und Furcht vor staatlicher Zensur<sup>352</sup> und durch das Vertrauen in einen "*funktionierenden Markt der Wahrheiten*"<sup>353</sup> gerechtfertigt sein. Nur wenn die Meinungsfreiheit extensiv geschützt wird, können Meinungen auch angegriffen und widerlegt werden. Meinungen, die in den Untergrund gehen (in Samisdatmanier vertrieben werden müssen) oder per se nur innerhalb einer (so konstituierten) Elite gelten wollen, erreichen zwar quantitativ weniger Adressaten und Rezipienten und haben so in einer quantitativen Betrachtung<sup>354</sup> weniger Verletzungspotential für die negativen Rezipienteninteressen. Es besteht aber die Gefahr, daß diese nicht mehr öffentlich im Sinne von jedermann zugänglichen Meinungen den Mythos des "Systemwidrigen" und "Wahren" erlangen, weil die Gegenrede und die öffentliche Meinung sie schwerer konfrontieren können. Es bilden sich für den allgemeinen Diskurs nicht mehr erreichbare Enklaven.

---

349 § 130 Abs.3 StGB: "Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220 a Abs.1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost".

350 R.Dworkin, The unbearable cost of liberty, Index on Censorship 1995 (3) 43.ff

351 Im Extrem entspricht dieser Ansatz einer im amerikanischen Rechtskreis einer bisweilen auch formal aufgegebenen "preferred freedoms doctrine" des Supreme Court, siehe Ch.Stalder, "Preferred Freedoms" Das Verhältnis der Meinungsäußerungsfreiheit zu den anderen Grundrechten, Bern. 1977, S. 69 ff und 4.Kapitel.

352 über den formellen Zensurbegriff von Art.5 Abs.1 S.3 GG hinausgehend.

353 Es wird später zu überprüfen sein, ob ein solcher Markt in gleicher Weise für werbliche Meinungen existiert.

354 Die Intensität der Beeinträchtigung hängt von der einzelnen Meinung ab.

Jenseits dieser Detailprobleme kann an der grundsätzlichen Aussage festgehalten werden, daß die Meinungsfreiheit teleologisch und systematisch (auch) als Hilfsfreiheit der Wahrung der bestehenden rechtlichen und politischen Ordnung (Art. 20 Abs. 1, 2; 28 Abs. 1; 38 GG) dient. ***Das setzt auch voraus, daß irrender Sprache ein breiterer Raum als irrendem Tun eröffnet wird.***

cc) Differenziertes Modell beim Verhältnis von kommerzieller Sprache und Tun  
Ein drittes Modell (Zeile 3) läßt sich bei der kommerziellen Sprache feststellen.

(1) ***Akzessorietät von Sprache und Tun. Grundsätzlich*** werden Sprache und Tun wie in der ersten Konstellation behandelt, also akzessorisch. Soweit das Tun zulässig ist, soweit ist auch die im Kontext dieses Tun geäußerte, (wahrheitsgemäß) Sprache zulässig.

Ein Produkt, das verkehrsgerecht ist, darf mit zutreffender Sprache beworben werden; ein Arzt darf nur ***die*** Facharztbezeichnungen führen, die er durch Tun (und Sprache) erworben hat.

(2) ***Beschränkungen der Sprache als Vorstufe der Beschränkung von Tun.*** Diese grundsätzliche Akzessorietät wird bei der kommerziellen Sprache vor allem in zwei Bereichen, nämlich bei gesundheitsrelevanten Produkten und bei den in den USA sogenannten "Lastern" (siehe zum Sprachgebrauch im 4.Kapitel "vice"), durch ein rechtliches Steuerungsmodell ersetzt, das zusammengefaßt als "Beschränkung und Verbot der Sprache als ***geeigneten und milderem*** Eingriff im Verhältnis zur Beschränkung und Verbot von Tun" beschrieben werden kann.

Beispielsfälle sind Werbebeschränkungen beim Verkauf von Säuglingsnahrung und Zigaretten. Beide Produkte sind in Deutschland frei und ohne Mengenbeschränkung verkäuflich; die Werbung ist bei der Säuglingsnahrung vor allem inhaltlich (§ 4 SNWG) und bei der Zigarettenwerbung bisher medial (etwa § 22 Abs. 1 LMBG; Verbot der Hörfunk und Fernsehwerbung)<sup>355</sup> ***und*** inhaltlich durch die Verpflichtung zur Wiedergabe einer Warnung der Gesundheitsminister eingeschränkt. In Zukunft wird die Zigarettenwerbung außerhalb der Verkaufsstätten (gemäß der "Tabakwerbeverbotsrichtlinie") nicht mehr zulässig sein.

Ein Beispiel für die Werbeverbote bei "Lastern" ist die Prostitutionswerbung, die – anders als die Prostitution selbst (§ 184 a StGB; § 297 EGStGB, § 120 Abs. 1 Nr. 1 OWiG) – ***grundsätzlich***, und nicht nur innerhalb von Sperrbezirken, ordnungswidrig ist (§ 120 Abs.1 Nr.2 OWiG).<sup>356</sup>

---

355 Rundfunk- und Fernsehwerbung ist verboten.

356 Wenn die BGH-Rechtprechung (BGH Urt.v.5.5.1992 NJW 1992, 2557) zur Nichtigkeit von Verträgen über die Veröffentlichung von Kontaktanzeigen in der Praxis Bedeutung hätte, dann würden eine Reihe von Publikationen diese Anzeigen nicht mehr enthalten. Zur unterschiedlichen Verfolgungspraxis der Verwaltung, die sich zum Teil auf die Verfolgung von "aufdringlicher Werbung" – vergleiche die Parallele zu den freien Berufen im 3.Kapitel – beschränken K.Rebmann/W.Roth/S.Werner, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2.Aufl. 1996, § 120 Rn. 14; kritisch dazu, daß es auf die Gestaltung der Werbung nicht ankomme H.Meier, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 37. Erg.Lfg., 1993, § 120 Rn. 6.

Es mag durchaus strittig sein, ob der Tabak- und oder Alkoholkonsum nicht auch "Laster" sind. Diese Bewertung mag der Zukunft überlassen bleiben; der Konsum von Genußmitteln unterscheidet sich derzeit von der Prostitution immer noch dadurch, daß die Rechtsprechung den entgeltlichen "Sex" via Tun und Sprache (Peep-Show, Geschlechtsakt, Telefon-Sex) als sitten- oder gesetzwidrig qualifiziert (§§ 134, 138 BGB).<sup>357</sup>

In beiden Fallgruppen wird ein Stufenverhältnis von "Betätigung" (Tun) und "Kommunikation" (Sprache) angenommen, und der Eingriff in die Kommunikationsrechte regelmäßig als geringeres und geeignetes Mittel im Vergleich zu Eingriffen (in die grundrechtliche) Betätigung(sgarantie) angesehen. *Der Eingriff in die Sprache dient so der Vermeidung des Eingriffs in das Tun.* Dieses Stufenverhältnis betrifft die beiden Bereiche – gesundheitsrelevante Produkte und "Laster" – in unterschiedlicher Weise: bei der Einschränkung der Werbung (Sprache) für gesundheitsrelevante Produkte ist das *Verbot des Tuns* (Produkt-, Kontrahierungs- und Distributionspolitik) *entweder rechtlich und/oder tatsächlich unmöglich, so daß nur der Eingriff in die Sprache bleibt*; während beim "Laster" ein Verbot rechtlich möglich wäre, aus tatsächlichen Gründen aber an der *Geignetheit dieses Verbots des Tuns für die Erreichung des Zwecks ("Geignetheit")* begründete Zweifel bestehen.

- Ein Beispiel für die *rechtliche Unzulässigkeit und Unmöglichkeit*<sup>358</sup> von *Eingriffen und Verboten in das Tun* ist die Säuglingsnahrung. Ein Verbot oder eine Einschränkung der Herstellung (und des Vertriebs) steht aus rechtlichen Gründen nicht zur Diskussion.

Die Vorstellung, daß die Bundesrepublik<sup>359</sup> die Hersteller und den Handel zur beschränkten Abgabe von Säuglingsnahrung (Pro-Kopf-Verbrauch oder Gebot des Stillens) verpflichtet, entbehrt jeder Rechtfertigung. Nicht nur aus der *Eingriffsperspektive* der Anbieter (Hersteller und Handel), sondern auch aus der *Schutzpflicht* für Leben und Gesundheit der Kinder (Art. 2 Abs. 1 GG) verbietet sich eine solche Beschränkung oder ein Verbot des Tuns. Es bleibt deshalb nur der Eingriff in die Sprache, wenn man das – nach Überzeugung des Staates<sup>360</sup> – für die Kinder gesundheitlich bessere "Konkurrenzprodukt Muttermilch" vor dem Markt schützen will.

---

357 Zum Telefonsex BGH Urt.v.8.9.1998 Az. XI ZR 192/97 und OLG Karlsruhe NJW 1997, 2605.

358 Wobei diese rechtliche Unzulässigkeit auf faktischen Gegebenheiten – nämlich dem Ernährungsbedürfnis von Kindern – beruht.

359 In einem Entwicklungsland mit schlechter Wasserversorgung mögen hier im Detail andere Maßstäbe gelten.

360 Th.Mettke, Stillen ist das Beste – Realität, Mythos und Ideologie, ZLR 1995, 635, 645.

Bei dieser Konstellation stellt sich also die Frage der Beschränkung und des Verbots der Sprache anstelle des Verbots und der Beschränkung des Tuns nicht, weil letztere rechtlich nicht zulässig sind.<sup>361</sup>

- **Nicht auf die rechtliche Unzulässigkeit**, sondern auf (im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit rechtlich relevante) **Zweifel<sup>362</sup> an der Effektivität von Beschränkungen und Verboten des Tuns** läßt sich der Eingriff in die Sprache bei gesundheitsrelevanten Produkten wie Tabak und Alkohol auf der einen wie bei "Lastern", wie der Prostitution oder dem Cannabis-Konsum, auf der anderen Seite stützen. Verbote und Beschränkungen des Tuns (Herstellungs- und Vertriebsbeschränkungen) sind nicht evident unzulässig und stehen deshalb zur rechtlichen Diskussion.

Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit – sei sie in Art. 12, 14 und/oder 2 Abs. 1 GG geschützt – umfaßt in ihrer **effektiven Garantiebereich** kein Recht auf die Produktion und den Vertrieb von Cannabis (Ausnahme vorstellbar für Forschung und medizinische Zwecke) oder auf die prostituierende Darbietung des eigenen Körpers.

Selbst der amerikanische Supreme Court, der inzwischen die Ratio von der **Milde des Eingriffs in die Sprache im Vergleich zur Schärfe des Eingriffs in das Tun** explizit ablehnt, erörtert die Möglichkeit von Vertriebsbeschränkungen von Alkohol (4.Kapitel; Beschränkung der Abgabe auf einen bestimmten Pro-Kopf-Verbrauch). Für die rechtliche Bewertung des Genusses von Tabak sei an die Erkenntnis des BVerfG erinnert:

"Es ist allgemein anerkannt, daß Rauchen gesundheitsschädlich ist. .... Das Rauchen tötet mehr Menschen als **Verkehrsunfälle, Aids, Alkohol, illegale Drogen, Morde und Selbstmorde zusammen**. .... Zigarettenrauchen ist in den Industrieländern die häufigste und wissenschaftlich am deutlichsten belegte Einzelursache für den Krebstod. ....".<sup>363</sup>

---

361 Es stellt sich dann die Frage, ob die Sprache verboten werden kann, wenn das Tun nicht eingeschränkt werden kann. Dazu siehe unter ...

362 Nach hier vertretener Ansicht abwegig, weil die tatsächlichen Schwierigkeiten von Prognosen einseitig überschätzend und die rechtlichen Schutzbedürfnisse und -pflichten des Staates für die Gesundheit der Menschen verkennend Th.v.Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischem Grundrechtsschutz, 1998, S. 57- 59. Er will den Gemeinschaftsgesetzgeber verpflichten, die Erhebung eindeutiger (!) wissenschaftlicher Daten über die suchterzeugende Wirkung von Tabak sowie die Wirkung von Werbeverboten abzuwarten, bevor Werbeverbote erlassen werden können. Die konträre Argumentation findet sich im bekannten Beschluß des VGH Kassel v. 6. 11. 1989 zur Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit gentechnischer Anlagen (NJW 1990, 336), der das Einschreiten des Gesetzgebers bei nicht abschätzbaren Folgen der Nutzung der Gentechnik verlangt. Selbstverständlich kann man darüber streiten (unter Einbeziehung des obigen BVerfG- Zitats), ob die Sachverhalte vor allem angesichts der Selbstbestimmung des Rauchers – die mit Vorwurf der Suchtbildung umstritten ist – vergleichbar sind. Grundsätzlich ist festzuhalten, daß der Staat bei gesundheitsgefährdendem Sachverhalten nicht auf den Nachweis der Wirksamkeit von Maßnahmen warten muß.

363 BVerfGE 95, 173, 184.

Das Problem bei diesen Fällen liegt – neben der Frage der Achtung der Handlungsfreiheit und Selbstbestimmung der Konsumenten ("nur" in Art.2 Abs. 1 GG geschützt) – in der fehlenden Überzeugung von der grundsätzlichen Geeignetheit und vor allem der Durchsetzbarkeit von Vertriebsverboten (Verbote des Tuns) und-beschränkungen:

Die Erfahrungen mit dem jahrtausendealten und vielleicht sogar globalen Phänomen der Prostitution wie mit dem Verlangen der Menschen nach unterschiedlichsten Rausch- und Genußmitteln lassen es nicht als ausgeschlossen erscheinen, daß Verbote und Beschränkungen nur zur Entstehung von Schwarzmärkten mit wesentlich erhöhten Gefahren – Geschlechtskrankheiten, aidsverseuchte Spritzen, unreine Drogen (Alkoholvergiftung) – für die Konsumenten führen als das "Laster" per se. Selbst Gefängnisse sind weder prostitutions- noch drogenfrei. Die Strategie, die Produktion zu *ersticken*, ist bei Drogen wie Heroin und Opium angesichts globaler Märkte gescheitert.

Bei dieser Ausgangslage ist *es nicht ausgeschlossen*, daß die Hoffnung auf und die *Toleranz des "mäßigen Konsums"*<sup>364</sup> (des *Tuns*) *verbunden mit dem Eingriff in die Sprache* – die Werbung – das (*einzig*) *geeignete Mittel* für den Schutz der Gesundheit *möglichst großer Teile der Bevölkerung* ist. Es ist aber *auch nicht ausgeschlossen*, daß der Eingriff in das Tun geeignet ist, um den Steuerungszweck – Vorbeugung und Minimierung von Beeinträchtigungen von Leben und Gesundheit (und Entwürdigung von Menschen durch die Kommerzialisierung ihrer Sexualität bei der Prostitution) – zu erreichen. In dieser Fallgestaltung erst stellt sich das Problem der Erforderlichkeit des Eingriffs in die Sprache und/oder das Tun. Ist der Eingriff in die Sprache immer milder als der Eingriff in das Tun? Der Supreme Court hat das ursprünglich abstrakt und pauschal bejaht.

Der Anlaß war die im 4.Kapitel geschilderte Spielbankenwerbung. Die Werbung für diese Spielbank war *nur* in Puerto Rico, dem Staat, in dem sich die Spielbank befand, verboten. Die Rechtfertigung für dieses Werbeverbot war die Milde des Eingriffs in die Sprache im Vergleich zum Verbot der Spielbank.

Inzwischen hat der Supreme Court diese Doktrin aufgegeben (Siehe im 4. Kapitel). Nicht klar ist, ob in Zukunft der Gegensatz gelten soll, daß nämlich der Eingriff in das Tun stets weniger beschränkend ist als der Eingriff in die Sprache. Ist also der Eingriff in die Kontrahierungspolitik der Tabakunternehmen durch die Erhöhung der Tabaksteuern oder wäre der Eingriff in die Distributionspolitik durch eine Kontingentierung der Abgabemengen stets weniger einschränkend als die Werbebeschränkung? Bereits die Fragestellung weist auf den Bedarf nach weiterer Differenzierung hin. Es geht nicht immer darum, ein *Verbot* des Tuns durch ein *Verbot* der Sprache zu vermeiden; sondern es geht auch darum *Beschränkungen* der Sprache zu deshalb unterbleibenden Beschränkungen und Verboten des Tuns in Bezug zu setzen.

---

364 Der Begriff ist so idealtypisch wie unbestimmbar und steht für die Hinnahme von Selbst- und Fremdgefährdungen (Alkohol im Straßenverkehr) durch Staat und Gesellschaft.

#### dd) Steuerungsmodelle für kommerzielle Sprache und Tun

Die anliegende Übersicht konzentriert sich auf die Werbung, weil es sich um *die* Variante der kommerziellen Sprache<sup>365</sup> handelt, die den unmittelbaren Bezug zum Tun – nämlich zum Absatz des Produktes – hat. Die Übersicht operiert mit den Begriffen "unbeschränkt", "beschränkt" und "verboten", die in ihrer Vagheit allenfalls dazu dienen können, die grundsätzlichen Strategien<sup>366</sup> der Lenkung aufzuzeigen.

Unter "*unbeschränkter Sprache*" wird die Möglichkeit der Werbung mit zutreffenden Angaben verstanden. Mit dem Begriff "*unbeschränktes Tun*" wird die Prämisse der Verkehrsfähigkeit des Produkts (Ware und Dienstleistung) erfaßt; im technischen Sinne handelt es sich natürlich sehr wohl um Beschränkungen, die ein Produkt erfüllen muß, bevor diese Prämisse erfüllt ist. Auch bleiben mittelbare Eingriffe in die Kontrahierungspolitik – wie die Auferlegung etwa der Tabaksteuer – außer Betracht. Bei "unbeschränktem Tun" geht es im wesentlichen darum, daß die Leistung, so wie sie angeboten wird, in der Abgabemenge unbeschränkt ist.

Nur dann, wenn die Sprache zutreffend und das Produkt verkehrsfähig ist, könne die Relationen von Sprache und Tun ermittelt werden. Die "*Beschränkung von Sprache*" reicht von dem Erfordernis der "Sachlichkeit der Werbung" (etwa bei den Rechtsanwälten (siehe 3. Kapitel) über die Beschränkung der Zigarettenwerbung durch Werbeverbote im Rundfunk (§ 22 Abs. 1 LMBG) bis zum Verbot der Werbung mit glücklichen Kindern bei der Säuglingsnahrung (siehe dazu 3. Kapitel). "*Beschränkungen des Tuns*" sind etwa die Eingriffe in die Kontrahierungspolitik der Energieversorgungsunternehmen, deren Tarife genehmigt werden müssen (§ 11 Bundestarifordnung Elektrizität) oder die Eingriffe in die Produkt- und Distributionspolitik der Hersteller von Arzneimitteln, für die die Produkte genehmigungsbedürftig und der Vertrieb der Produkte nur nach Verschreibung möglich ist. Das "*Verbot der Sprache*" muß definiert werden (dazu siehe unter 3. Kapitel I); in dieser Übersicht soll es dann vorliegen, wenn alle Massenmedien für zutreffende Sprache gesperrt sind; das wird in Zukunft – nach dem Umsetzungsakt durch den Gesetzgeber und/oder die Rechtsprechung für die Tabakwerbung aufgrund der Tabakwerbeverbotsrichtlinie gelten. Ein "*Verbot des Tuns*" liegt etwa bei der Herstellung und beim Vertrieb von Betäubungsmitteln vor.

Die erste Zeile, die das unbeschränkte Tun zum Gegenstand hat, zeigt in der ersten Spalte (unbeschränktes Tun/unbeschränkte Sprache) den Regelfall der Akzes-

365 Bei Sponsoring (siehe dazu 3. Kapitel III) ist dieser Bezug auch gegeben, weil das Sponsoring der Finanzierung von Tun dient. Die Unmittelbarkeit und Parallelität von Sprache und Tun ist aber nicht wie bei der Werbung gegeben. Die Finanzierung des Gesponserten – Tun – führt hier zur Möglichkeit, mit dem Sponsoring und dem Gesponserten zu werben – Sprache – und so wird erhofft, den Absatz – Tun – des eigenen Produkts zu fördern. Bei Public Relations fehlt es noch weitergehend an der Entsprechung von Sprache und Tun: der Inhalt der Sprache – Public – ist typischerweise (zu den Ausnahmen siehe 3. Kapitel IV) viel umfassender, als das korrespondierende Tun, die Absatzförderung für das Produkt. Es fehlt also grundsätzlich – wie immer mit Ausnahmen – an einer Entsprechung von Sprache und Tun.

366 Allgemein zum Policy-Mix aus regulativen, persuasiven, prozeduralen, Anreiz- und Leistungsprogrammen siehe die Übersichten in K.König/N.Dose, Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1993, S. 88 ff; 102 ff

sorietät. *Die zweite Spalte zeigt die von der (Werbe-)Wirtschaft befürchtete Zukunft, nämlich die Diskrepanz zwischen unbeschränkter Distribution und verbotener Kommunikation.*

Zukunftsszenarien, die hier ganz unmittelbar drohen, sind die Alkohol-, Auto und Süßwarenwerbung.

Hier und in der *dritten Spalte*, die die graduelle Diskrepanz der größeren Einschränkung der Sprache gegenüber dem zulässigen Tun zum Ausdruck bringt, konzentriert sich die (verfassungs-)rechtliche Diskussion.<sup>367</sup>

Evident ist in der zweiten Zeile, daß in einer rechtstatsächlichen Betrachtung, Werbung für *ein verbotenes Tun nicht erfolgt* und es auch keine Beispiele dafür gibt, daß für *ein verbotenes Tun beschränkt geworben* werden darf. Das Verbot des Tuns determiniert in der zweiten Zeile die Sprache. Das Akzessorietätsbeispiel in der zweiten Spalte (Verbot von Sprache *und* Tun) bringt das eindeutig zum Ausdruck.

In der dritten Zeile sind in der ersten Spalte "beschränktes Tun/unbeschränkte Sprache" mittel- und langfristig Beschränkungen der Sprache nicht ausgeschlossen. Wenn der Staat hier reguliert<sup>368</sup>, die Gewinnerwartungen der Elektrizitätswirtschaft jedenfalls in einer rechtlichen Betrachtung kupt und gleichzeitig unbeschränkte Werbung zulässig ist, dann stellt sich die Frage der Systemgerechtigkeit. Die Antwort kann in der einen Richtung – *Deregulierung des Tuns* wie in der Elektrizitätswirtschaft<sup>369</sup> – erfolgen oder zur *Regulierung der Sprache* führen. Auch die zweite Spalte, die eine Durchbrechung der Akzessorietät zeigt, ist problematisch. Wenn Prostitution zwar sittenwidrig, aber außerhalb der Sperrgebiete strafrechtlich "zulässig" ist, warum darf dafür nicht geworben werden. Eher die Frage nach der graduellen Rechtfertigung stellt die dritte Spalte. Hier kann der Gegensatz von Tun und Sprache wenig dazu beitragen, die rechtliche Steuerung zu kritisieren. Wenn das Leistungsangebot, die Preise und die Anbieter rechtlich reguliert sind – wie etwa bei den Ärzten – dann bedarf es weitere Überlegungen, inwieweit auch einschneidende Beschränkungen der Sprache gerechtfertigt werden können.

Inwieweit sind diese Relationen auch bei der nicht-kommerziellen Sprache identisch. Entsprechend dem eingangs (2.Kapitel II) geschilderten Uferbeispiel hat die

---

367 Ein Beispiel ist der engagierte Abwehr der Zigarettenhersteller gegen die Pflicht zur Wiedergabe von Warnungen.

368 Siehe zu der Möglichkeit diese Genehmigungen vor den Zivilgerichten (§ 315 BGB) mittelbar überprüfen zu lassen AG Bad Neuenahr-Ahrweiler Urt.v.10.12.1997 NJW 1998, 2540.

369 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl EG v.30.1.1997 L 27/70.

anliegende Übersicht das Verhältnis von Sprache und Tun bei ideeller Sprache zum Gegenstand. Hier zeigt sich zunächst die Zuordnungsproblematik von Sprache und Tun. Ideelle Sprache ist vielgestaltig und läßt sich in ihrer Zielrichtung nicht unmittelbar und grundsätzlich auf ein "Werbeziel": Tun zurückführen. Selbstverständlich gibt es auch bei ideeller Sprache Fallgestaltungen, bei denen Sprache – über die Reaktion des Rezipienten – in einem konkreten Tun münden soll.

Beispiele wären die Anstiftung zu Körperverletzung und Totschlag (§§ 212, 223 StGB) oder die Überzeugungsbildung, die zu einer bestimmten Lebensführung durch Tun, führen soll.

Grundsätzlich läßt sich bei dieser – auf ein konkretes Tun einer Person zu einer mehr oder weniger konkreten Zeit – tunsbezogenen Sprache eine *Akzessorietät von Sprache und Tun* in den Fällen feststellen, in denen Sprache das Tun bestimmt und das Tun verboten ist.

So bei der Strafbarkeit der Anstiftung zu *einer* Straftat.

Außerhalb dieses *engen Kerns* einer inhaltlich auf ein konkretes Tun bezogenen Sprache öffnet sich ein Horizont von Sprachinhalten, *die keiner Relation von "Sprache und Tun" zugänglich sind*. Die ideelle Sprache schützt so unterschiedliche Ausdrucksformen wie die Teilnahme an öffentlicher politischer Diskussion oder das Führen eines Tagebuchs. *Sie ist also nicht in gleicher Intensität auf das Tun der Rezipienten ausgerichtet und angewiesen wie die kommerzielle Sprache*. Das ist der Inhalt der sogenannten *"geistigen Wirkung"* von Sprache. *Da es vielfach kein paralleles Tun gibt, stellt sich in weiten Teilen gar nicht die Frage der Dominanz des rechtlichen Regimes des Tuns über das der Sprache*. Und umgekehrt stellt sich auch nur in Ausnahmefällen die Frage der Steuerung von Tun durch die Beschränkung der Sprache.<sup>370</sup> Dann, wenn das Tun eine bestimmte Qualität – sei es durch die Schwere der Rechtsgutverletzung, sei es durch die Evidenz der Rechtsgutsgefährdung – erlangt, wird selbst Sprache, die nicht einem konkreten Tun inhaltlich zurechenbar ist, untersagt.

Ein Beispiel ist die Strafbarkeit der "Auschwitzlüge" (§ 130 Abs. 2 StGB), bei der Sprache zum einen zum Schutz der Rezipienteninteressen<sup>371</sup> – also eines typisch durch Sprache berührten Interesses – und zum anderen wegen der Eigenschaft von Sprache als Förderung eines rohen Diskursklimas und so *als mittelbare Förderung von Tun* verboten ist: "zum Haß gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe *aufstacheln*, zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern..."

---

370 Zum Jugendschutz siehe unter ...

371 Schutz der Rezipienten: "die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, daß Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete Gruppe beschimpft, verächtlich gemacht oder verleumdet werden".

ee) Veränderungen, wenn Sprache das Tun ersetzt,

Den vorhergehenden Ausführungen kann man entnehmen, daß bei der Werbung der Bezug zum Tun immer mitberücksichtigt werden muß, während die ideelle Sprache grundsätzlich isoliert betrachtet und geschützt werden kann. Man kann weiter zu der Schlußfolgerung gelangen, daß zwischen diesen Ufern – etwa bei der medialen Sprache – weitere Differenzierungen notwendig sind.

So muß, damit Sprache durch diese "Funktionsträger" der Bildung der öffentlichen Meinung verbreitet werden kann, deren Tun und Organisation etwa durch die Presse- und Rundfunkfreiheit geschützt werden.

Die bisher geschilderte Beziehung von Sprache und Tun bei der Werbung wird unter anderem durch die Möglichkeiten elektronischer Medien verändert. Die Dienstleistung des Rechtsanwalts, sein Produkt, besteht traditionell aus Tun (Kanzleieinrichtung, Organisation, ...) und Sprache (Schriftsätze, Vertretung vor Gericht). Durch die Möglichkeiten des Internets stellt sich die Frage, inwieweit diese Dienstleistung auf Sprache reduziert wird. Die *virtuelle Rechtsberatung*<sup>372</sup> steht dann auch vor der Trennungs- und Vermischungsproblematik, weil Werbung und Beratung ineinander übergehen.<sup>373</sup> Festzuhalten ist, daß es dann an der typischen Diskrepanz von Kommunikationspolitik und den von Tun geprägten Bereichen der Kontrahierungs-, Distributions- und Produktpolitik fehlt.

Diese Nähe des Produkts zur Sprache ist bisher nur in den Branchen feststellbar, die Sprache entwerfen, wie etwa den Werbeagenturen, für die die Literatur den "meinungsfreiheitlichen Schutz" erwägt (siehe unter 4 c cc)

Auch Prostitution erfolgt inzwischen am Telefon<sup>374</sup> – also durch Sprache – und es stellt sich für alle drei Beispiele – also Rechtsberatung, Konzeptionsarbeit der Werbeagenturen und "Telefonsex" – jedenfalls grundsätzlich die Frage nach dem meinungsfreiheitlichen Schutz. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, wie die Konkurrenzlage von Art. 12 GG mit Art. 5 GG (dazu siehe unter IV) beurteilt und wie der effektive Garantiebereich der Werbung als "Meinung" in Art. 5 Abs. 2 GG ausgestaltet wird.

## 6. *Schrankentrias des Art.5 Abs.2 GG bei werblichen „Meinungen“*

Ein Argument *gegen den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung* oder zumindest *für die Notwendigkeit der Unterscheidung von werblichen und anderen Meinungen* könnte die strukturelle Inkompatibilität von werbeeinschränkenden Normen mit der bisherigen Schrankensystematik von Art.5 Abs.2 GG sein. Das einfache Recht kann nicht über den Garantiebereich des Grundrechts bestimmen –

---

372 Die Zulässigkeit der Rechtsberatung via Telefon hat das Oberlandesgericht München Urt.v. 23.7.1998 Az. 29 U 4042/98 (laut FAZ v, 17.8.1998, S. 14 bejaht.

373 F.Ebbing, Virtuelle Rechtsberatung und das anwaltliche Werbeverbot, NJW-CoR 1996, 242 ff.

374 BGH Urt.v.8.9.1998 Az. XI ZR 192/97 .

„sinnvariable und andere Argumentationsmuster“ für den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung müssen prüfen, inwieweit das geltende Wettbewerbsrecht verfassungswidrig wird oder welche Veränderungen des Meinungsprofils durch die Verfassungsmäßigkeit der Werbebeschränkungen eintritt. Dieser Abschnitt versucht die abstrakten Konturen des Art. 5 Abs. 2 GG und die konkreten Auswirkungen seiner Anwendung auf die werbliche Meinung anhand der Rechtsprechung des BVerfG darzustellen.

a) *Notwendigkeit der Differenzierung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache*

Von zentraler Bedeutung für den effektiven Garantiebereich der Meinungsfreiheit ist (bisher) die Bedeutung der Sprache für die öffentliche Meinung.

aa) Nicht-kommerzielle Sprache als Bestandteil der öffentlichen Meinung

„Wird von einem Grundrecht *nicht zum Zwecke privater Auseinandersetzung* Gebrauch gemacht, sondern will der Äußernde in *erster Linie* zur Bildung der öffentlichen Meinung beitragen, dann sind Auswirkungen seiner Äußerung auf den Rechtskreis Dritter zwar unvermeidliche Folge, nicht aber *Ziel* seiner Äußerung. Der Schutz des betroffenen Rechtsguts kann und muß um so mehr zurücktreten, je weniger es sich um *eine unmittelbar gegen dieses Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele handelt, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten*; hier spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede..., weil sonst die Meinungsfreiheit, die Voraussetzung eines freien und offenen politischen *Prozesses ist*, in ihrem Kern betroffen wäre“<sup>375</sup>.

bb) Werbung als „Meinung“ in Fall I „Ölverschmutzte Ente“

Bei der Werbung in Fall I „Ölverschmutzte Ente“ handelt es sich um einen Beitrag, der allein durch die Benutzung des Massenmediums eine *öffentliche Auseinandersetzung* erstrebt. In erster Linie geht es Benetton sicher um die Steigerung des Unternehmens- und Produktimages, und erst in zweiter Linie um die Stärkung des Umweltbewußtseins. Die Benetton-Werbung befindet sich damit *nicht* im Zentrum des effektiven Garantiebereichs der Meinungsfreiheit. Die Ermittlung *des Rechtsguts*, gegenüber dem die „Meinungsfreiheit“ von Benetton zurücktreten muß, fällt schwer. Der BGH geht seit dieser Entscheidung ohne weitere Begründung oder überzeugenden Nachweis<sup>376</sup> davon aus, daß diese Wer-

---

375 BVerfGE 61, 1, 11. N.Jansen, Die Abwägung von Grundrechten, Der Staat 1997, 28, 48. „Beiträge zur Auseinandersetzung in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage genießen stärkeren Schutz als Äußerungen, die lediglich der Verfolgung privater Interessen dienen“. BVerfGE 66, 116, 139 "Walraff"; BVerfGE 82, 272, 281 "Zwangsdemokraten"; BVerfGE 54, 129, 137 "Kunstkritik"; BVerfGE 28, 191, 202 "Amtsträger"; BVerfGE 7, 198, 216 f "Lüth".

376 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2488 f "Ölverschmutzte Ente" bezieht sich auf BVerfG Kammerbeschl.v.4.10.1988 NJW 1992, 1153: Die Vergleichbarkeit einer Werbekampagne mit dem Rundschreiben eines gekündigten Chefredakteurs, der sich, nachdem sein früherer Arbeitgeber eine Agenturmeldung über seine Fähigkeiten abgesetzt hatte, an 50 führenden Personen im Medienbereich wandte, hätte dargelegt werden müssen. Zudem handelt es

bung (nur) meinungsfreiheitlich – und nicht durch Art. 12 GG – geschützt ist. Der BGH erklärt gerade nicht, inwieweit der Schutz des (Leistungs-)Wettbewerbs die Untersagung rechtfertigt, sondern er nimmt mit der Zugrundelegung von Art. 5 GG einen Paradigmenwechsel vor. Die „Meinung“ von Benetton wird nicht – wie bei Art. 12 GG – mit dem Leistungswettbewerbsargument gewichtet, sondern mit ihrer *Qualität*, über die die Richter Kraft eigener Rechtskunde befinden können. Die Beschränkung von Werbung durch § 1 UWG wird ihrerseits im Lichte der Meinungsfreiheit geprüft (Wechselwirkungs<sup>377</sup>theorie<sup>377</sup>). Ein Verstoß gegen § 1 UWG wird angenommen, weil die

“öffentliche Äußerung (Werbung mit der Ente) zur Auseinandersetzung über das aufgezeigte Elend *nichts wesentliches beiträgt*<sup>378</sup>, vielmehr darauf abzielt, beim Verbraucher eine mit dem werbenden Unternehmen solidarisierende Gefühlslage zu schaffen, die der Steigerung des Ansehens des solchermaßen werbenden Unternehmens dient und damit letztlich zu kommerziellen Zwecken eingesetzt wird.”

Der BGH lehnt eine “Meinung” ab, weil sie in kommerzieller Absicht geäußert wird und/oder die Gefahr besteht, daß das – *vom Gericht unterstellte* – Mitleid der Verbraucher mit der Ente zur Solidarisierung mit dem Unternehmen führt. Diese *Absichts-, Wirkungs- und Inhaltsanalyse* für Kommunikator und Rezipient – zum theoretischen Hintergrund vergleiche die anliegende Skizze<sup>379</sup> – durch ein staatliches Gericht bei der Anwendung eines vorgeblich “allgemeinen

---

sich bei der Entscheidung des BVerfG um einen Kammerbeschluß (§ 93 b Abs.1 S.1 Nr.2 a.F. BVerfGG).

377 BVerfGE 7, 198, 208 "Lüth"; "ständige Rechtsprechung" und als solche auch bei § 1 UWG bejaht: BVerfGE 85, 248, 263 "Hacketal".

378 Noch weitergehend fehlt dem Bundesgerichtshof das Bewußtsein der Symbolik seines Judikats. Ohne die genaue Verbreitung der Anzeige zu kennen, sei die Vermutung gewagt, daß in Kombination mit dem Medieninteresse an der Entscheidung des obersten Bundesgerichts es sich bei der Entenwerbung um eine von den Werbestrategen erträumte "self fulfilling prophecy" handelt. Eine pauschale Verneinung zumindest der Anstoßwirkung dieser weit bekannten Kampagne für private Diskussionen erscheint wenig überzeugend – auch wenn dieses Problem graduell unterschiedlich bei vielen Entscheidungen des Spruchkörpers bestehen mag, vermißt man in der Begründung eine Einbeziehung dieser Wirkung in den Bewertungsvorgang. So will gerade Schockwerbung wie Benetton einen Diskurs, der als Gegengewicht zur Werbung anzusehen ist, provozieren. Allgemein dazu, daß der Diskurs über Werbung damit zum Ziel wird: Was Bürger an Werbung stört, MA 1994, 174, 178 "Gesellschaftspolitische Debatten um Werbung sind notwendig und nützlich.... Der ständige Diskurs als ständiges Korrektiv, als Markierung moralischer Grenzen." Um so größere Bedeutung für die Initiierung könnten dann bundesobergerichtliche Entscheidungen mit entsprechender Medienberichterstattung haben. Das pauschale Abstellen auf den "Auseinandersetzungswert", der einer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu ideellen Sprache entnommen ist, mag für die kommerzielle Sprache nur modifiziert zu übernehmen sein. Je nach Werbebudget ist bereits die Verbreitung der Anzeige so groß, wie sie von ideeller Sprache kaum erreicht werden wird, so daß die Verneinung von Auseinandersetzungswerten bereits deshalb wenig überzeugend ist.

379 Skizze übernommen von B.Tietz(Hrsg.), Die Werbung, Handbuch der Kommunikations- und Werbewirtschaft, Band 1, 1981, S.188. Die Skizze stellt den Kreislauf von Werbemaßnahme und – erfolgskontrolle und weiteren – maßnahmen dar. Sie verdeutlicht die emotionale Zielrichtung (Subsystem Umworbener) von Kommunikation, insbesondere der Werbung.

Gesetzes" befremdet. Bisher war für die Meinungsfreiheit die *Absicht* nur insofern relevant, als es sich um bewußt unwahre Tatsachenbehauptungen handelte, denen der meinungsfreiheitliche Schutzbereich verschlossen ist. Die Auslegung von Meinungen orientiert sich gerade nicht an der *Absicht* des Äußernden oder an den *Wirkungen* für "einige" Rezipienten, sondern an den *Inhalt*, den ein "unvoreingenommenes und verständiges Publikum ermittelt".<sup>380</sup>

Die Erregung von Mitleid mit Enten, von Angst<sup>381</sup> vor (drohenden) Umweltschäden und von Sympathie für ein Unternehmen sind keine *Wirkungen*, die die Einschränkung einer Meinung je gerechtfertigt haben.

Der "Beitragswert" (*Inhalt*) ist ein Kriterium, das bei der ideellen Sprache nur zur Abwägung zwischen mindestens *zwei gegenläufig betroffenen Individualrechtspositionen* verwandt wird (im Rahmen der Auslotung des effektiven Garantiebereichs).

Das ist die ständige Rechtsprechung des BVerfG<sup>382</sup> seit der Lüth-Entscheidung.

An *tatsächlich* und *nachweisbar* berührten, konkreten gegenläufigen *Individualinteressen oder -rechten* fehlt es in der Entenwerbungsentscheidung: Es geht nicht um eine Verletzung von konkretisierbaren, subjektiven Rechtspositionen der Rezipienten oder der Mitbewerber,<sup>383</sup> sondern um die *Gefahr*, daß die Rezipienten Gefühle für die Ente, gegen Umweltschäden und für das Unternehmen entwickeln.<sup>384</sup>

Der BGH nennt auch *kein Gemeinschaftsgut*<sup>385</sup>, *das gegenüber der Meinungsfreiheit zumindest gleichrangig ist*, *das die Einschränkung rechtfertigen kann*.

Die Begründung des BGH ist damit in meinungsfreiheitlicher Perspektive un schlüssig. Wenn man – der weiteren Prüfung wegen – den Ausgangspunkt des

---

380 BVerfGE 93, 266, 295, wobei dieses Publikum eine Selbstreferenz der Verfassungsrichter ist.

381 Es handelt sich nicht um einen Unterfall der Fallgruppe "Werbung mit der Angst", weil B nicht beabsichtigt, daß die Rezipienten wegen ihrer Angst Bekleidung kaufen (Allgemein Y.Schnorbus, Werbung mit der Angst, GRUR 1994, 15, 18).

382 BVerfGE 66, 116, 139 "Walraff"; BVerfGE 82, 272, 281 "Zwangsdemokraten"; BVerfGE 54, 129, 137 "Kunstkritik"; BVerfGE 28, 191, 202 "Amtsträger"; BVerfGE 7, 198, 216 f "Lüth".

383 H.J.Ahrends, Benetton und Busengrapscher – ein Test für die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeitsklausel und die Meinungsfreiheit, JZ 1995, 1096, 1099 erwähnt, daß emotionale Werbung bei den Rezipienten Abwehrprozesse gegenüber der Werbung allgemein auslösen könnte und so diejenigen, die von ihr Gebrauch machen, die Kommunikationspolitik anderer Unternehmen stören. Die These bedürfte aber wirklich der empirischen Überprüfung; die Kausalität einer Werbekampagne für die Ablehnung einer anderen ist vermutlich nicht nachzuweisen. Es handelt sich deshalb vorläufig um keinen substantiierten Einwand.

384 Die BGH-Entscheidung beschneidet so zunächst das Selbstdarstellungsrecht einer juristischen Person (Art. 19 Abs. 2 GG), die sich die Persönlichkeit eines Unternehmens mit "Bewußtsein" nicht geben darf. Man könnte deswegen schon fragen, ob nicht ein Selbstdarstellungsrecht, das nach Art. 14, 12 und /oder Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, statt oder vor der Meinungsfreiheit einschlägig ist. Dazu unter V.

385 Dazu R.Herzog, Art. 5 Rn. 270 ff in: Maunz-Dürig.

BGH teilt, und eine "kommerzielle Meinung"<sup>386</sup> zugrundelegt, dann stellt die vom BGH verfassungrechtlich legitimierte Schranke des § 1 UWG deshalb die Existenz *einer Meinungsfreiheit* auf den Prüfstand. Die Vereinigung beider Sprachformen in *einem* Schutzbereich, verlangt deshalb neue und weitere Überlegungen zur Binnenstruktur von Art. 5 Abs. 1 GG, der drei Schranken kennt.

b) *Schranken der Kommunikationsfreiheit(en) in Art. 5 Abs. 2 GG*

aa) „Allgemeines Gesetz als Oberbegriff“ oder „allgemeines Gesetz als Alternative“ zu Jugend- und Ehrschutz

Der Wortlaut erschließt drei Schranken, nämlich die *allgemeinen Gesetze*, die *Bestimmungen zum Schutz der Jugend* und das *Recht der persönlichen Ehre*. Eindeutig ist, daß es sich um drei selbständige Schranken handelt, die nicht kumulativ den Eingriff rechtfertigen. Das Verhältnis der Schranken zueinander ist in einer grammatischen Auslegung nicht eindeutig:

- entweder gibt es *drei Schranken* („*allgemeines Gesetz als Alternative*“), mit der Konsequenz daß bei Vorschriften zum Schutz von Jugend und Ehre *kein* „*allgemeines Gesetz*“ verlangt wird, also Sondergesetze gegen *bestimmte Meinungen* ergehen können;<sup>387</sup>
- oder es gibt *eine Schranke* („*allgemeines Gesetz als Oberbegriff*“), und die Bestimmungen zum Schutz von Jugend und das Recht der Ehre sind Beispiele<sup>388</sup> für allgemeine Gesetze. Es handelte sich dann um Unterfälle des „allgemeinen Gesetzes“, die *allenfalls im Rahmen der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter* – Kommunikationsfreiheit auf der einen und durch das einschränkende Recht geschützte Rechtsgüter auf der anderen Seite – Aussagegehalt haben<sup>389</sup>.

Die historische Auslegung vermag zu der Frage, ob das allgemeine Gesetz der *Oberbegriff* zu Jugend- und Ehrschutz ist oder ob es drei Schranken gibt, keine eindeutige Antwort zu geben. Noch der Allgemeine Redaktionsausschuß entwarf die Schrankenregelung<sup>390</sup>:

---

386 Die BGH-Entscheidung beschneidet so zunächst das Selbstdarstellungsrecht einer juristischen Person (Art. 19 Abs. 2 GG), die sich die Persönlichkeit eines Unternehmens mit "Bewußtsein" nicht geben darf. Man könnte deswegen schon fragen, ob nicht ein Selbstdarstellungsrecht, das nach Art. 14, 12 und /oder Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, statt oder vor der Meinungsfreiheit einschlägig ist. Dazu unter V.

387 W.Hoffmann-Riem, Art. 5 Rn. 105 in: Alternativkommentar, 1987; allgemein St.Engels, Das Recht der Fernsehwerbung für Kinder, 1997, S. 158 ff; K.Meirowitz, Gewaltdarstellungen auf Videokassetten, 1993S. 145 ff; B.Schraut, Jugendschutz und Medien, 1993, S. 42 ff. BGHZ Urt.v.9.12.1993, NJW 1994, S.731 zur Unterlassung der Werbung von Tabakprodukten in Jugendzeitschriften (§ 22 Abs.2 Nr.1b LMBG).

388 Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.118.

389 So W.Schmitt Glaeser, AÖR 97 (1972),287.

390 Erst die 4.Lesung des Hauptausschusses (5.5.1949) hat die entscheidende Veränderung des Wortlauts vorgenommen (Fassung der 4.Lesung des Hauptausschusses in Parlamentarischer Rat, Formulierungen der Fachausschüsse, des Allgemeinen Redaktionsausschusses, des Hauptausschusses und des Plenums, 1948/49, S. 241 (Drucksache Nr. 850 v 5.5.1949). Bis dahin lautete Art. 5 Abs. 1 GG "Die Freiheit der Meinungsäußerung und der Meinungsverbreitung in Wort, Schrift und Bild ist *unverletzlich*. "Wie das amerikanische Verfassungsrecht mit seiner Bestimmung "no law" (siehe im 4. Kapitel) hat auch das deutsche

„...ihre Grenze in den allgemeinen Gesetzen, *insbesondere* in den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre“<sup>391</sup>.

Damit hätte es sich, insbesondere wegen des „insbesondere“, um eine nicht abschließende Aufzählung von Unterfällen gehandelt, *was für eine Schranke und das „allgemeine Gesetz“ als Oberbegriff gesprochen hätte*. Es läßt sich nicht weiter aufklären, warum das klärende „insbesondere“ entfallen ist und deswegen sind zwingende Rückschlüsse auf den Gehalt des *allgemeinen Gesetzes* durch das Recht des Jugendschutzes wie der Ehre nicht möglich.<sup>392</sup>

Für das BVerfG – und damit die Praxis – stellt sich die Frage, inwieweit der Jugend- und Ehrschutz Sondergesetze rechtfertigen, *nicht*, weil es eine Interpretation des allgemeinen Gesetzes wählt, die auch die Untersagung von Meinungen mit einem bestimmten Inhalt zu rechtfertigen vermag.

bb) „Allgemeines Gesetz“

„Allgemein“ im Sinne von allgemein, für jeden Staatsbürger geltender Norm<sup>393</sup>, schöpft den Sinngehalt nicht aus, weil Gesetze in der Vorstellung des Grundgesetzes grundsätzlich für alle gelten müssen (Art. 19 Abs.1 S.1 GG)<sup>394</sup> (Allgemeinheit im persönlichen Anwendungsbereich).<sup>395</sup>

In der BVerfG-Rechtsprechung<sup>396</sup> haben die allgemeinen Gesetze zunächst den Charakter einer „*automatischen Nicht-Beschränkung*“<sup>397</sup> *des Inhalts* von in Art.

---

Verfassungsrecht erfahren müssen, daß Kommunikation des Art. 5 Abs. 1 GG oft durch Gesetze eingeschränkt wird, die sich gegen einen bestimmten Inhalt von Sprache wenden.

391 Doemming/Füsslein/Matz, JÖR N.F. 1 (1951), 85,87.

392 So auch R.Herzog, Art. 5 Rn. 242-246, in: Maunz-Dürig, der davon ausgeht, daß sich die drei Begriffe weder ausschließen noch gegenseitig überflüssig machen und den Unterschied zwischen dem Gesetzesvorbehalt des Jugendschutzes und der Ehre betont.

393 F.Drettmann, a.a.O. 1984, S.199 ; K.A.Bettermann, Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, JZ 1964, 601, 603; K.v.Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, 1971, S.186..

394 Zur Geschichte der Vorschrift Ch.Starck, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, 1.Band, 3.Aufl., 1985, Art. 5 Rn. 120 f, die auch in Art. 118 WRV enthalten war. Zu der These, daß es sich beim Hinweis auf ein allgemeines Gesetz bei Art. 118 WRV um ein Redaktionsversehen gehandelt hat, Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928) ,S.18 und R.Smend, a.a.O.S.51.. Zudem besteht gerade dann das Problem, daß Beschränkungen der Meinungsfreiheit für Beamte im Rahmen ihrer Dienstpflichten dem Erfordernis eines "allgemeinen Gesetzes" nicht genügen könnten. Siehe auch R.Herzog, Art.5 Abs.1,2 GG Rn.249 ff (253) in : Maunz-Dürig.

395 Das BVerfG hat bisher nur eine Vorschrift, die den Abdruck von Stellenangeboten für die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Ausland an einen Zustimmungsvorbehalt knüpft – die bereits erwähnte Südkurier-Entscheidung – als "*nicht allgemein*" qualifiziert. Von diesem Verbot werde *nur die Presse* betroffen und deshalb liege "formal" kein allgemeines Gesetz vor (BVerfGE 21, 271, 280f, 291). Auch wenn jeder Bürger, falls und solange er Mitglied der Presse ist, diese Vorschrift zu beachten hat. Dieser Versuch einer Betroffenheitsanalyse als Anwendungskriterium für das "allgemeine Gesetz" ist aber ein Einzelfall geblieben und vielleicht als Einzelfall auch erklärbar. Das Gericht nahm durch die Feststellung, daß die Vorschrift *nur der Presse* und nicht jedem anderen die Anbahnung von Kontakten für die Aufnahme ausländischer Erwerbstätigkeit von inländischen Mitbürgern "untersagte" eine Abwägung vor, ob die wirtschaftspolitischen Erfordernisse eine solche Einschränkung der Pressefreiheit rechtfertigen

396 BVerfGE 71, 162, 175; 62, 230, 244; 59, 231, 263; 7, 198, 209.

397 W.Schmitt Glaeser, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR (1972), 284.

5 Abs. 1 GG geschützter Kommunikation (Allgemeinheit *im sachlichen Anwendungsbereich* der einschränkenden Norm). Die Bedeutung der „Allgemeinheit“ liegt darin, daß Sondergesetze die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG nicht einzuschränken vermögen. Die *Regel* soll damit sein, daß ein Gesetz sich nicht gegen einen bestimmten Meinungsinhalt wendet (“Sondergesetz”). Es soll also “allgemein” sein, andere Rechtsgüter als die Meinungsfreiheit schützen und dabei auf Eingriffe in die “Sprache” nicht verzichten können. Wenn es bereits an der „Allgemeinheit“ fehlt, bedarf es keiner weiteren Abwägung.

Die praktische Bedeutung dieser fehlenden Allgemeinheit ist bisher allerdings gering.<sup>398</sup>

Bei der Ermittlung der „Allgemeinheit“ lassen sich drei Betrachtungsweisen unterscheiden.

(1) *Formelle Betrachtungsweise*. In einer *formellen* Betrachtungsweise könnte man argumentieren, daß jedes Gesetz, das sich gegen einen bestimmten Meinungsinhalt und/oder gegen eine bestimmte Form der Verbreitung richtet „*nicht allgemein*“ ist<sup>399</sup>.

Die Untersagung in Fall IV „Sozialsponsoring“ wäre damit in einer Konkretisierung erfolgt, die nicht einem „allgemeinen Gesetz“<sup>400</sup> – das das UWG nach der BVerfG-Rechtsprechung ist – erfolgt, weil sie die Verbreitung bestimmter nach inhaltlichen Kriterien abgegrenzter Äußerungen – *Information über das soziale Engagement eines Unternehmens in der Werbung* – verbietet<sup>401, 402</sup>.

In Erklärungsnotstand gerät die strikt formelle Betrachtungsweise hinsichtlich einer Reihe von Strafbestimmungen, die *so* nicht als verfassungsgemäß zu rechtfertigen wären, wie etwa das Verbreitungs- und Herstellungsverbot der Propaganda verfassungswidriger Organisationen (§ 86 Abs.1 StGB). Dieser Erklärungsnotstand wird mit einer Differenzierung zwischen Meinungs- und Tatsachenäußerungen überwunden.

In den erwähnten Fällen handele es sich um Tatsachenäußerungen<sup>403</sup>, die nicht meinungsfreiheitlich geschützt seien. Ein Blick auf § 86 StGB macht deutlich, daß er nicht zwischen Meinungen und Tatsachen unterscheidet (vgl. auch § 86 Abs. 3 StGB) und deshalb eine so verstandene, strikt formelle Be-

---

398 BVerfGE 21, 271, 280 zu “§37 Abs.2 AVAVG”, in der ein allgemeines Gesetz mit einigem Begründungsaufwand (281) verneint wurde.

399 Dies war die Argumentation des Klägers in BVerfGE 27, 104 (106) “§ 93StGB”

400 K.A.Nagel, a.a.O., S.162, f und 124 ff., der aber letztlich die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zugrundelegt..

401 So auch M.Kloepfer/G. Michael, Vergleichende Werbung und Verfassung, GRUR 1991, 170, 177 mit dem Hinweis, daß bei Anwendung der Sonderrechtstheorie § 86 StGB kein allgemeines Gesetz wäre.

402 G.Gornig, Die Schrankentrias des Art.5 II GG, JuS 1988, 274, 276. B.Hoppe, Die “allgemeinen Gesetze” als Schranke der Meinungsfreiheit, JuS 1991 S.734, 737 mit Beispielen für die materielle Betrachtungsweise des “allgemeinen Gesetzes” in der Rechtsprechung.

403 G.Gornig, JuS 1988, 276 Fn.26, weitere Beispiele, in denen nach Angabe des Autors Tatsachenäußerungen verboten werden, die aber bei näherem Hinschauen auch Werturteile erfassen: §§ 90a, b, 109 h StGB.

trachtungsweise diese Einschränkungen der Meinungsfreiheit nicht zu rechtfertigen vermag. Wegen dieser fehlenden Stringenz kann diese Betrachtungsweise § 1 UWG auch nicht abstrakt die fehlende verfassungsrechtliche Legitimation als „allgemeines“ Gesetz absprechen.

(2) *Materielle Betrachtungsweise.* Sie bezeichnet alle Gesetze als „allgemein“, die einem im Vergleich zur Meinungsfreiheit *höherwertigen* Rechtsgut zu dienen geeignet sind<sup>404</sup>. Diese Auffassung hat zur Folge, daß die Entscheidung über die effektive Garantie der Meinung auf einer *abstrakten Güterabwägung* beruht.

(3) *Vermittelnd materielle Betrachtungsweise.* Sie faßt das „allgemein“ als Motivationsanforderung an den Gesetzgeber auf. Dort, wo der Gesetzgeber *final* zum Schutz eines Rechtsguts und nicht zur Unterdrückung der Meinungsfreiheit handelt,<sup>405</sup> und *deshalb* bestimmte Meinungen untersagt, soll er auch durch „allgemeine Gesetze“ handeln können.

Das BVerfG benutzt eine Kombination aus formeller und materieller Betrachtungsweise,<sup>406</sup> hier als „vermittelnd materiell“ bezeichnet, um im Einzelfall abwägen zu können und nicht auf abstrakte Wertediskussionen verpflichtet zu werden.

„Allgemein“ sind Gesetze,

„die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung *zu schützenden Rechtsguts* dienen, *dem Schutze eines Gemeinschaftswertes*,<sup>407</sup> der gegenüber der ...Meinungsfreiheit Vorrang hat“<sup>408</sup> oder ihr im Rang gleichsteht.“<sup>409</sup>

Zumindest nach der BVerfG-Rechtsprechung und der ihm bei der Meinungsfreiheit folgenden herrschenden Meinung bleibt Raum für *meinungsbeschränkende Sondergesetze*, die *nicht* durch den Schutz von Jugend und Ehre motiviert sind. Weil das BVerfG nicht auf eine strikt formelle Betrachtungsweise zurückgreifen *kann*(, weil *allgemeine Gesetze* dazu führen, daß Vorschriften, die bestimmte

---

404 R.Smend, VVDStRL 4, (1928), 52 ff forderte eine abstrakte Güterabwägung. Hiergegen spricht aber, daß es auf die konkrete Gefährdungslage für die einschlägigen Rechtsgüter ankommt und nicht auf deren abstrakten Schutz. H.Schulze-Fielitz, Art. 5 Rn. 128 ff, in: H.Dreier, Grundgesetzkommentar, 1996.

405 Für die Anwaltswerbung und § 43 BRAO alt. Fass. K.A.Nagel, a.a.O., S. 126.

406 K.Rothenbücher, VVDStRL 4, S.51 ff: "die dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen, sowie diejenigen, die eine bestimmte Lebensbetätigung – nicht lediglich eine besondere Art der Äußerung einer Meinung als solche – treffen". E.Schwacke, Der Begriff der "Allgemeinen Gesetze" in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes, 1970, S.45 ff. So auch W.Schmitt Glaeser, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 97 (1972), 276, 279

407 so K.v.Köller, a.a.O., 1971, S.200 unter Bezugnahme auf Böttcher, Die politische Treuepflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, 1967, S.110.

408 BVerfGE 7, 198, 209, 210.

409 BVerfGE 20, 162, 176.

Meinungsinhalte untersagen ohne Abwägung verfassungswidrig sind,) liegt das Schwergewicht seiner Prüfung auf der Abwägung.<sup>410</sup>

Diese hat die bekannten Komponenten der Anwendung der „sogenannten Wechselwirkungsansatzes“<sup>411</sup>, der verlangt, daß die die Kommunikationsfreiheiten beschränkenden Gesetze ihrerseits im Lichte der Bedeutung der Kommunikationsfreiheit geprüft werden müssen und so „in ihrer begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen“.<sup>412</sup> Die Beurteilung der Intensität der Einschränkung des kommunikationsfreiheitseinschränkenden Gesetzes verlangt nach der Rechtsprechung die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Meinungsfreiheit.

c) *Veränderungen des effektiven Garantiebereichs der werblichen „Meinung“*

Nach der bisherigen Rechtsprechungserfahrung wird Werbung nach Art. 12 GG geschützt; das BVerfG hat in einigen Entscheidungen erwähnt, daß es nicht ausgeschlossen ist, daß Werbung mit einem meinungsbildenden Inhalt den Schutz der Meinungsfreiheit beanspruchen kann.<sup>413</sup> Die Fernwirkungen der Meinungsfreiheit im Wettbewerbsrecht wurden bisher von der Literatur des Verfassungs- wie des Wettbewerbsrechts ignoriert; erst mit den Fällen I-II a (‐Ölverschmutzte Ente‐) wird die Diskrepanz von Wettbewerbs- und Verfassungsrecht deutlich. Die Meinungsfreiheit hat nach hier vertretener Ansicht eine *andere* Gestaltungspotenz (‐Determinanz‐) bei § 1 UWG als die ‐wirtschaftliche Betätigungsfreiheit‐. Diese schließt zunächst einmal aus, daß ‐Meinungen‐ deswegen diskreditiert werden, weil sie für unzulässige Zwecke ‐mißbraucht‐ werden.

aa) Argument des Mißbrauchs von Sprache und (Kunst)

Eine Literaturansicht, die Werbung als Meinung schützen will, wählt eine teleologische Definition der ‐allgemeinen Gesetze‐.

„Sie seien durch *die Absicht des Gesetzgebers* ‐Mißbräuche‐ zu verhindern und die *kumulativ vorliegende Gefährdung von Allgemeinwohlintereessen*, die der Meinungsfreiheit *zumindest gleichrangig* sind, charakterisierbar<sup>414</sup>.“

Beide Elemente dieser Argumentation sind sehr angreifbar:

(1) **Argument des „Mißbrauchs“ der Meinungsfreiheit.** Die Rechtfertigung für die Bekämpfung des **Mißbrauchs eines Grundrechts** lautet:

„Soweit der Grundrechtsgebrauch zu einer Schädigung anderer Rechtsgüter führt, können die schädlichen *Wirkungen* nicht deshalb besonders privilegiert werden, weil sie mittels einer Meinungsäußerung hervorgerufen werden“.<sup>415</sup>

---

410 Ausnahme: BVerfGE 21, 271 (280).

411 Abwägungsvorschläge für die werbliche Meinungsfreiheit bei A.Hatje, a.a.O., 1993, S. 99 ff.

412 BVerfGE 7, 198, 209; ständige Rechtsprechung etwa BVerfGE 34, 384, 401; 66, 116, 150; 71, 206, 214; 85, 1, 16.

413 BVerfGE 95, 173, 181 ‐Tabakwerbung‐; BVerfGE 85, 248, 262 ‐Hackethal‐ zur Mitwirkung an der Berichterstattung der Presse und BVerfGE 71, 162, 175 ‐Frischzellen‐; BVerfGE 68, 226, 233 f ‐Schwarzer Sheriff‐ zum Vertrieb von Ansichtskarten; BVerfGE 30, 336, 352 ‐Sonnenfreunde‐ für Presseerzeugnisse von Nudisten.

414 F.Drettmann., a.a.O., S.210.

Diese aus den achtziger Jahren stammende Literaturdefinition stimmt auf die Tonlage des BGH zur Kunstfreiheit in Fall I im Jahr 1995 ein:

„Art.5 Abs.3 GG schützt nämlich nicht den (zweckwidrigen)<sup>416</sup> Einsatz von Kunst zur Mißachtung der gesetzlichen Ordnungsvorschriften in der Absicht, daraus einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen“.<sup>417</sup>

Diese Ausführungen weisen auf den engen Zirkelschluß des BGH hin: der Werbung wird der meinungs- und kunstfreiheitliche Schutzbereich eröffnet, um ihr dann die effektive Garantie zu verweigern. Hätte Benetton seine Produkte mit Bildern von Baselitz oder Gauguin mit einer produktzentrierten Strategie beworben, hätte der BGH einen „zweckwidrigen Einsatz der Kunst“ nie erkennen können.

Das Wesen des verfassungsrechtlichen Schutzes von Meinungen und Kunst, nämlich weder zweckmäßig noch zweckwidrig sein zu müssen, wird hier verkannt.

(2) *Kumulativ vorliegende Gefährdung von Allgemeinwohlintereessen oder Grundrechten.* Weiter ist die Frage zu stellen, ob nicht ein erheblicher Unterschied zwischen Individualrechtsschutz – Grundrechtskollisionen mit der negativen Rezipientenfreiheit (dazu siehe unter V) – und Allgemeininteressen besteht. Je konturloser diese Allgemeininteressen beschrieben werden, desto eher fehlt es an der Verhältnismäßigkeit des meinungseinschränkenden Gesetzes.<sup>418</sup> Die Argumentationslasten dafür, daß der Leistungswettbewerb gefährdet ist, müssen hier spezifisch und hoch sein. Selbst dann stellt sich aber die Frage, ob die Beschränkung des effektiven Garantiebereichs auf *leistungswettbewerbskonforme* werbliche „Meinungen“ nicht ein Rückschritt für die Freiheit der Meinungen ist:

bb) Nur noch Schutz konformer „Meinungen“?

Die Beschränkung der schutzwürdigen Meinungen auf „*zustimmungsfähige*“ Inhalte durch *Walter Leisner*<sup>419</sup>, die das BVerfG bei der nicht-kommerziellen Sprache längst zugunsten eines Prozeßrechts der freien Äußerung ablehnt, würde wieder Einzug in Art. 5 Abs. 1 und 2 GG halten. Die Ratio der Individualität, Vielfalt, Kritik und Gegenrede, die das Diskurssystem des Art. 5 GG nunmehr prägt, soll durch das *Konformitätsprinzip* abgelöst werden. Dabei wird zu ermitteln sein, *womit* werblichen Meinungen konform gehen müssen: Grundsätzlich

---

415 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.210.

416 Die ( ) sind vom BGH gesetzt.

417 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2488, 2490 "Ölverschmutzte Ente"

418 R.Herzog, Art. 5 Rn. 270 ff in: Maunz-Dürig. Urteilsanmerkung von W.Hoffmann-Riem, JZ 1986, S.494 unter Bezugnahme auf B.Schlink, Zwischen Identifikation und Distanz (Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht), Der Staat (1976), 335, 355, der als Beispiel für ein abstraktes höherwertiges Rechtsgut die Demokratie nennt. Der Leistungswettbewerb kann als Eingriffspendant bei der werblichen "Meinung" angesehen werden.

419 Begriffliche Grenzen verfassungsrechtlicher Meinungsfreiheit, Ufita 37 (1962), 129, 136 ff.

wird zu überlegen sein, ob die Newcomer-Werbung (wettbewerbspolitisch) oder die Werbung für eine technische Innovation (forschungspolitisch) oder die Werbung mit Umweltelementen (Art. 20 a GG) oder die Werbung mit Sozialsponsoring (Sozialstaatsprinzip) oder die Werbung mit Politikern<sup>420</sup> *mehr* meinungsfreiheitlichen Schutz genießen müssen als andere Werbeformen.<sup>421</sup>

Dieser größere, effektive Garantiebereich kann dann Bedeutung haben, wenn etwa der Newcomer schockierende(re) Werbung auf Plakatwänden betreiben darf (dazu siehe unter V).

“Meinungen”, die auf die Umweltverschmutzung (Fall I) und das Fehlverhalten von Politikern<sup>422</sup> – Totalwerbung – hinweisen, mögen einen größeren Auseinandersetzungswert haben als die suggestive Behauptung: “Mein Produkt ist gut”. Ein BGH-Fall, dem diese Wertung nach hier vertretener Ansicht letztlich zugrunde liegt, ist die Totalwerbung mit “Politikerschelte”, die in dem ironischen Zusatz endete:

“Das ist in der heutigen Zeit instinktlos, unfaßbar. Gegen diese Art der Schmerzverursachung helfen mir nicht einmal mehr meine Tabletten.”<sup>423</sup>

Wie in Fall I stellt der BGH auch hier fest, daß bei dieser “Imagewerbung”<sup>424</sup> ein Verstoß gegen das Prinzip des Leistungswettbewerbs (“gefühlbetonte Werbung”) *nicht* vorliegt. Im Unterschied zu Fall I (“Ölverschmutzte Ente”), erblickt der BGH zunächst keinen Verstoß gegen die guten Sitten. Er vermag – anders als in Fall I – keine “Ausnutzung” der Gefühle der Rezipienten zu bejahen:

“Der Verbraucher mag sich in seinen “Stammtischparolen” bestätigt sehen. *Es fehlt aber eine tiefgehende emotionale Einwirkung auf seine Gefühlslage*, deren kommerzielle Ausbeutung das Unwerturteil des § 1 UWG rechtfertigen könnte. ...Zudem beschränkt sich der Anzeigentext nicht auf ein pauschales Beklagen von Mißständen im politischen Bereich, sondern versucht durch mehr oder weniger konkrete Beispiele die Verbraucher *zu einem kritischen Mitdenken* zu veranlassen.”<sup>425</sup>

Der BGH überträgt damit die Substantiierungsratio des Werberechts auf die “Meinungen” in Art. 5 Abs. 1 GG. Im Ergebnis führt dieses “Ranking” dazu, daß Fall I „Ölverschmutzte Ente“ mit seinem optisch eindrucksvollen, minimalistischen

---

420 Etwa eine Kampagne von Sixt mit Gerhard Schröder (1998): “Für Leute, die noch nicht wissen, wo sie hinwollen”.

421 Die Grenzen der Meinungsfreiheit werden hier ausgelotet werden müssen: Für die wichtigsten, lebenserhaltenden und -erlösenden Produkte – nämlich Arzneimittel – bestehen die strikten Werbeverbote, obwohl doch hier der größte Informationswert anzunehmen ist. Umgekehrt besteht für Alkohol, der wie Zigaretten Suchtwirkungen erzeugt, bisher nur Selbstbeschränkungsabkommen.

422 BGH Urt.v. 15.5.1997 NJW 1998, 604 “Politikerschelte” zur Beanstandung der Umbaukosten der Bar des Bundestags..

423 BGH Urt.v. 15.5.1997 NJW 1998, 604 “Politikerschelte”.

424 Die Feststellung, die der BGH bei der Prüfung des HWG trifft, daß es sich um eine Imagewerbung in der Form der Produktwerbung handelt, wird bei § 1 UWG nicht geprüft.

425 S. 606.

schen Entenphoto unzulässig emotionalisiert, die Togonalwerbung mit ihren Banalitäten wie:

- (1) "Wenn ein leitender Angestellter ....Wenn gewisse Staatsdiener ...";
- (2) "An alle Abgeordneten des Deutschen Bundestags ....Wir fordern mehr Fleiß, Pünktlichkeit und Verantwortungsgefühl..." (3)"Wenn wir ..., dann sind wir haftbar und werden bestraft...Gewisse Politiker dagegen."

zulässig ist, weil sie "zu einem kritischen (!) Mitdenken" veranlaßt. Ein Photo gibt eine andere Art der "Realität" und in anderer Form eine „Meinung“ wieder, als es ein Text tut. Der Schluß, den man aus dieser Rechtsprechung ziehen muß, ist die Bevorzugung des Textes, der den Interpretationsrahmen sprachlich einengt, gegenüber dem Photo, das die Interpretation dem Rezipienten überantwortet.<sup>426</sup> Ein höchstes Fachgericht begibt sich hier in die Strömung einer Geschmacks- und Stimmungsjudikatur, die sie weit vom Ufer juristischer Dogmatik entfernt. Im Ergebnis durfte aber eine der vier Anzeigen von Togonal dennoch nicht geäußert werden; der BGH warf einen zweiten Begründungsanker, nämlich das Heilmittelwerberecht.<sup>427</sup> Die Togonalwerbung hätte (§ 4 Abs. 1 HWG) Mindestangaben – etwa zur Substanz und den Nebenwirkungen des Produkts – machen müssen, weil durch die ironische Bemerkung des Vorstandsvorsitzenden ("Tabletten") der Zusammenhang mit dem Produkt hergestellt sei. Bei der Frage, inwieweit ein Verstoß gegen das Heilmittelwerberecht (§ 4 Abs. 1 HWG) *unmittelbar* den Verstoß gegen die guten Sitten begründet (§ 1 UWG) und ob es sich um eine "*wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs*" handle (das verlangt § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG), begnügt sich der BGH mit dem Hinweis

"Schon die Beeinträchtigung des hohen Schutzgutes der Gesundheit läßt den gerügten Verstoß als *wesentliche Beeinträchtigung* erscheinen."<sup>428</sup>

Dieses Beispiel zeigt, daß der BGH die Bedeutung des meinungsfreiheitlichen Abwägungsgebots im Rahmen des Wechselwirkungsansatzes verkennt. Das Abwägungsgebot erstreckt sich auf die Auslegung, Konkretisierung und Gesetzesfortbildung jedes unbestimmten Rechtsbegriffs und der BGH hätte hier abwägen müssen, ob bei einem nicht verschreibungspflichtigen Kopfschmerzmittel Gefahren der Selbstmedikation wirklich so schwer wiegen, daß dem Unternehmen die ironische Anspielung auf das eigene Produkt untersagt werden darf, *wenn es nicht gleichzeitig*<sup>429</sup> die Pflichtangaben macht.<sup>430</sup>

---

426 Zur verfassungsrechtlichen Verankerung der Ziele der "Meinungsäußerung" – Umweltstaatsziel und Demokratieprinzip siehe unter ...

427 (HWG): Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens v.11.7.1965 BGBI I S. 604; i.d.F. BGBI I 1994, S. 3068 und BGBI I 1994, S.3082.

428 BGH Urt.v. 15.5.1997 NJW 1998, 604, 607 "Politikerschelte".

429 Auch bei der Togonalwerbung handelte es sich um eine neue Fallgestaltung., die aber Schule macht. Der Konkurrent "Thomapyrin" bildet sein Produkt ab und zeigt Dieter Thoma mit einem Stirnband "Thomapyrin" und dem Text. "Herzlichen Glückwunsch, Dieter Thoma

cc) Unterschiedliche Berücksichtigung des Meinungsumfelds

*Eine Diskrepanz, die sich weder eindeutig dem Schutzbereich noch dem effektiven Garantiebereich zuordnen läßt, ist vorhersehbar. Es handelt sich um die unterschiedlichen Standards für die Auslegung von Meinungen bei kommerzieller und nicht kommerzieller Sprache, soweit es um die Berücksichtigung des unmittelbaren Meinungsumfelds geht:*

(1) *Nicht-kommerzielle Sprache.* Das BVerfG nimmt bei der Auslegung des Meinungsinhalts eine Gesamtwürdigung vor, die

- zum einen die anderen, in örtlichem und zeitlichen Zusammenhang<sup>431</sup> geäußerten Meinungen *des Äußernden*<sup>432</sup> einbezieht und
- zum anderen die Gesamtumstände,<sup>433</sup> zu denen auch *Meinungen anderer*, die ihre Meinung in örtlichem und zeitlichem Zusammenhang äußern, gehören.<sup>434</sup> Die Meinung dieser anderen darf per se nicht als Argument verwendet werden, um die geäußerte Meinung zu unterdrücken. Es ist aber vorstellbar, daß die Meinung der anderen zu einer *Auslegung* der beschwerdegegenständlichen Meinung führt, die deren Unterdrückung gerade nicht rechtfertigt.

*Dieses Gebot der umfassenden Würdigung persönlicher, inhaltlicher, örtlicher und zeitlicher Umstände der Meinungsäußerung* ist die Folge der Ablösung der "Meinung" vom Erklärungswillen des Äußernden:

*"Ziel der Deutung ist die Ermittlung des objektiven Sinns einer Äußerung. Maßgeblich ist daher weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis der von der Äußerung Betroffenen, sondern der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums hat. Dabei ist stets vom Wortlaut auszugehen. Dieser legt ihren Sinn aber nicht abschließend fest. Er wird vielmehr auch von dem sprachlichem Kontext, in dem die umstrittene Äußerung steht, und den Begleitumständen, unter denen sie fällt, bestimmt, soweit diese für den Rezipienten erkennbar waren."*<sup>435</sup>

---

zur Bronzemedaille bei der Skiflug-WM in Oberstdorf. Jetzt ist der Kopf frei für Nagano" (FAZ v.27.1.1998 S. 15) – ebenfalls ohne die Pflichtangaben .

430 Siehe auch BVerfGE 85, 248, 262 "Hackethal", wo dem Verlust der Verteidigungsrechte des Arztes die "höchst entfernten Gefahr für die Volksgesundheit, die von einem für den Beschwerdeführer günstigen Presseartikel im Rahmen einer umfassenderen Auseinandersetzung über medizinische Fragen ausgehen kann" gegenübergestellt wird. Bei der Togonalanzeige handelt es sich zwar nur um die "Meinungs-" und nicht um die Pressefreiheit – die Gefahren für die Volksgesundheit sind aber genauso fernliegend wie die Aussicht, daß sie durch den Hinweis auf die Mindestangaben gemindert werden.

431 BVerfGE 82, 43, 52 "Faschistenfreund" zu früheren Äußerungen des Meinungsfreiheitsträgers.

432 BVerfG Kammerbeschl.v.25.8.1994 NJW 1994, 2943 "Soldaten sind Mörder", wo das Gericht die Berücksichtigung von zwei Plaketten fordert, die in örtlicher Nähe auf das Auto aufgeklebt waren. (Schwerter zu Pflugscharen; Foto eines von einer Kugel getroffenen Soldaten mit der Frage "Why".)

433 BVerfGE 93, 266, 295.

434 BVerfGE 82, 43, 53 "Faschistenfreund" zur Berücksichtigung anderer Plakate, die bei einer Demonstration gezeigt wurden. BVerfGE 93, 266, 309 zur Bezugnahme auf die Äußerung eines anderen.

435 BVerfGE 93, 266, 295.

Mit der Berücksichtigung der Gesamtumstände für die Auslegung der Meinung (objektive Betrachtungsweise) *werden diese Gesamtumstände auch zum Teil des meinungsfreiheitlichen Schutz- und Garantiebereichs:*

“Der Schutz bezieht sich nicht nur auf den Inhalt der Äußerung, sondern auch auf ihre *Form*.... Geschützt ist ferner die Wahl des *Orts* und der *Zeit* einer Äußerung. Der sich Äußernde hat *nicht nur das Recht, seine Meinung überhaupt kundzutun*. Er darf dafür auch diejenigen Umstände wählen, von denen er sich die größte Verbreitung oder die *stärkste Wirkung seiner Meinungskundgabe* verspricht.”<sup>436</sup>

(2) *Kommerzielle Sprache*. Bei der kommerziellen Sprache verengt sich die Berücksichtigung des unmittelbaren Meinungsumfelds auf *Aussagen, die vom Äußernden unmittelbar selbst stammen, also auf die Meinungskundgabe*. Das ist das Ergebnis der Tabaketikettierungsentscheidung des BVerfG,<sup>437</sup> das in der Verpflichtung zum Abdruck der Warnung: “Die EG-Gesundheitsminister:...” keinen Eingriff in die Meinungsfreiheit<sup>438</sup> der Unternehmen sah. Es ist unstrittig, daß diese Äußerung nicht von dem Tabakunternehmen stammt (subjektive Betrachtungsweise). Nach der Entscheidungsratio, die das BVerfG bei der nicht-kommerziellen Sprache anlegt, kommt es darauf aber gerade nicht an. Es ist nicht entscheidend, was das Unternehmen sagen wollte, sondern wozu es *objektiv* verpflichtet wurde. Und es wurde verpflichtet, seinen Namen und seinen Werbetext nur dann auf der Tabakverpackung und in der Werbung zu verwenden, wenn *sich andere gleichzeitig äußerten*: nämlich die EG-Gesundheitsminister mit ihrer Warnung. Diese *formale* Verpflichtung zum Abdruck der Gegenrede, diese Auferlegung einer Bedingung für die eigene Äußerung, widerspricht den bei der nicht-kommerziellen Sprache entwickelten Kriterien zur Bewertung und zum Schutz des Meinungsumfelds. Die Meinungsfreiheit für nicht-kommerzielle Sprache beschränkt sich eben nicht nur auf das Recht der Kundgabe der Meinung, sondern erstreckt sich auf die *Effektivität dieser Kundgabe*.<sup>439</sup> Die BVerfG-Entscheidung hat

---

436 BVerfGE 93, 266, 289; BVerfGE 85, 248, 263 "Hackethal" zu Standesrecht, das die Äußerung einer Meinung nicht verbietet; an diese Äußerung aber in der Praxis nicht durchsetzbare Kontrollpflichten knüpft und so faktisch zu einem Äußerungsverbot führt.

437 BVerfGE 95, 173, 182 f.

438 Der Schutz des Meinungsumfelds wird bisher als Unterfall der "negativen Meinungsfreiheit" behandelt (K.H.Friauf/R.Scholz, Europarecht und Grundgesetz, 1990, S.62-71, 103 und M.Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991, S.41 verneinen einen Verstoß gegen Art. 5 GG bei der Tabakwerbebeschränkung nur dann, wenn die Warnungen *zutreffend, substantiiert und sachlich* sind.). Es geht aber nicht darum, daß der Grundrechtsträger gezwungen wird, sich nicht zu äußern, sondern, daß wenn er sich äußert, er eine andere Äußerung mitabdrucken muß. Im Gegendarstellungsrecht – das inhaltlich eine Parallele ist – käme niemand auf die Idee, einen Eingriff in die Meinungs- und Pressefreiheit zu verneinen, weil die Gegendarstellung ersichtlich von einem anderen Autor stammt.

439 Die Verpflichtung zur Wiedergabe der Warnung hat auch Rückwirkungen auf den Inhalt der Meinung. Es gibt bei nicht-kommerzieller Sprache keine Verpflichtung zur Abgabe von "Gesamt-Meinungen"; keine Verpflichtung zur Angabe des pro und contras.

der kommerziellen Sprache diesen Schutz genommen. Die These von der unterschiedlichen Berücksichtigung des Meinungsumfelds ist als solche – soweit ersichtlich – in der Literatur noch nicht bemängelt worden. Dort ist stattdessen ein neuer Sachverhalt vorgeschlagen worden, die die “Camouflage” der fehlenden Bedrohung der Meinungsfreiheit<sup>440</sup> der Tabakunternehmen abschminken will. Bei einer hypothetischen Werbung

“Die EG-Gesundheitsminister irren. Rauchen ist bei mäßigem Genuß nur ein Gesundheitsrisiko unter vielen anderen”<sup>441</sup>

hätte sich das BVerfG der Frage eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit stellen müssen. Zusammenfassend kann man mit dem hier vorgeschlagenen, dogmatischen Argument des “Meinungsumfelds” oder der Sachverhaltsargumentation von *Udo Di Fabio* feststellen, daß sich der *Schutz- und/oder Garantiebereich* der kommerziellen und der nicht-kommerziellen Sprache unterscheiden.

#### dd) Unterschiedlicher Schutz vor Irreführung

Das rechtliche Vorverständnis für die Beurteilung der Irreführung ist bei beiden Sprachformen unterschiedlich. Bei der *kommerziellen Sprache* wird die Ambiguität von Sprache und die Vielfalt der Interpretationsmöglichkeiten regelmäßig auf diejenige Interpretation *verengt*, bei der die Gefahr der Irreführung (§ 3 UWG) besteht. Der Maßstab für die Feststellung der Irreführungsgefahr ist regelmäßig der “hypothetische, *flüchtige* Durchschnitts”rezipient oder ausnahmsweise der “empirisch ermittelte Durchschnitts”rezipient.<sup>442</sup> Es wird *eine* Interpretationsalternative der Sprache zum Prüfungsgegenstand und bei dieser ermittelt das Gericht die Irreführungsgefahr. *Die Existenz anderer Interpretationsalternativen, bei denen keine Irreführungsgefahr besteht, entbindet per se nicht vom Vorwurf der Irreführung.* Es handelt sich bei der Anwendung von § 3 UWG um einen sanktionsengagierten Umgang mit Sprache.

*Bei der nicht-kommerziellen Sprache ist die Vorgehensweise genau umgekehrt.* Alle *anderen* Interpretationsalternativen müssen geprüft und abgelehnt werden, *bevor die Alternative, die die Sanktionierung erlaubt, zugrundegelegt werden darf.* Es wird also dem Fachgericht auferlegt, gerade nicht nur *diejenige* Interpretation zu wählen, die der (flüchtige) Durchschnittsrezipient<sup>443</sup> wählt, *sondern alle anderen, vorstellbaren zu prüfen.*<sup>444</sup> Die Ambiguität von Sprache, und die Viel-

440 Voraussetzung ist, daß man die (Verpackungs-)Werbung meinungsfreiheitlich schützt.

441 U.Di Fabio, Produkte als Träger fremder Meinungen, NJW 1997, 2863.

442 3.Kapitel I 4 g.

443 Ein Schutz des “flüchtigen Durchschnittsrezipienten” ist im Recht der nicht-kommerziellen Sprache vollkommen unbekannt.

444 BVerfG Kammerbeschl.v.25.8.1994 NJW 1994, 2943 “Soldaten sind Mörder”. Bei weiteren Verfahren, die “Soldaten” und “Mörder” bzw. “Murder” BVerfGE 93, 266 “Soldaten sind (potentielle) Mörder” in Verbindung brachten, hat das BVerfG nicht auf die “Zeit”, auf die sich der Meinungsinhalt (wie bei Tucholsky) beziehen soll, abgestellt, sondern auf

falt der Interpretationsmöglichkeiten wird bei der nicht-kommerziellen Meinung vorausgesetzt und geschützt. Ihr wird grundsätzlich durch weiteste, freiheitsbetonte Auslegung Rechnung getragen.

Ein Beispiel ist die meinungsfreiheitliche Rechtsprechung des BVerfG zu Plaketten mit der Aussage "Soldaten sind Mörder" und der faksimilierten Unterschrift "Kurt Tucholsky"<sup>445</sup>. Für den "(flüchtigen) Durchschnittsbetrachter" folgt aus dem Hinweis auf den Autor Tucholsky durchaus nicht zwingend, daß aus historischen Gründen die Bundeswehr nicht gemeint sein könne. Dennoch hat das BVerfG grundsätzlich ein solches Verständnis verlangt. Falls der Durchschnittsleser die Bedeutung des Hinweises deswegen nicht erkennen konnte, weil er nicht wüßte, wann Tucholsky gelebt habe, verlangt das BVerfG sogar noch mehr: eine interaktive Wertung des Meinungsinhalts durch den Rezipienten. Er müsse wenigstens wissen, daß die Bundeswehr noch nicht an einer bewaffneten Auseinandersetzung teilgenommen habe, deshalb keinen Mord begangen haben könne und müsse deshalb folgern, daß sie nicht gemeint sein könne.

Das unterschiedliche Vorverständnis des Irreführungspotentials von (nicht-kommerzieller) Sprache bei BVerfG und Fachgericht wurde auch bei der "Freiheit des Zitats" deutlich. *Nur* in diesem Fall hat das BVerfG den "Irrtum" des Äußernden strenger bewertet als die Vorinstanzen.<sup>446</sup>

Der BGH war geneigt, den Zitierenden zu schützen: wenn der Durchschnittsleser oder -hörer den Inhalt des Zitats so verstehen konnte, wie ihn der Äußernde wiedergegeben hat, dann sei der Zitierende durch die Meinungsfreiheit geschützt. Das BVerfG hat demgegenüber auf die Form, nämlich das *Zitat* abgestellt, und dann dem Äußernden nur noch erlaubt, *wörtlich und korrekt* zu zitieren.<sup>447</sup>

#### ee) Vorhersehbarkeit der Rechtssetzung

§ 1 UWG verbietet den Verstoß gegen die "guten Sitten". Es ist fraglich, ob eine solche Generalklausel oder Blankettnorm Art.5 Abs.2 GG genügt.

Der UWG-Gesetzgeber konnte aus historischen Gründen keine Abwägung zwischen dem Sittenwidrigkeitsverdikt und der Meinungsfreiheit treffen, weil man 1909 noch keinen meinungsfreiheitlichen Bezug für Wettbewerbshandlungen erkennen konnte<sup>448</sup>.

---

die fehlende Details: "Soldaten" müsse sich nicht auf die Soldaten der Bundeswehr beziehen. Es wird also noch dauern, bis Verfahren anhängig sind, die "Bundeswehrsoldaten als Mörder" bezeichnen. Das Verfassungsrecht legt den Schwerpunkt also auf die (prozessuale) Auslotung der Vielfalt und Tiefen von Meinungsfreiheit; die Vorgerichte haben regelmäßig den Fehler gemacht, diese Vielfalt nicht so umfassend zu prüfen, wie das BVerfG es verlangen konnte, und den Meinungsinhalt in Verkennung der Bedeutung von Art. 5 GG verengt. Sie haben den objektiven Empfängerhorizont, den das BVerfG verlangt, nicht zu erreichen vermocht (BVerfG 93, 266, 295).

445 BVerfG Kammerbeschl.v.25.8.1994 NJW 1994, 2943; siehe später BVerfGE 93, 266 "Soldaten sind (potentielle) Mörder",

446 BVerfGE 71, 206, 216 bezeichnet das Zitat als besonders scharfe Waffe im Meinungskampf.

447 BVerfGE 54, 208, 219 f "H.Böll"; zum Zitat siehe auch BVerfGE 71, 206, 217 "§ 353 d StGB."

448 Zur Freistellung vom Zitiergebot (Art. 19 Abs. 2 GG) für ein vorkonstitutionelles und/oder "allgemeines Gesetz" BVerfGE 64, 72, 80 (unter Bezugnahme auf die "Staatspraxis"); BVerfGE 33, 52, 77 f "Überwachungsgesetz". Die Entscheidungen BVerfGE 44, 197,

Selbst wenn man der Rechtsprechung zutraut, einen meinungsfreiheitlichen Schutz *der Werbung* zu berücksichtigen, muß man an der *Vorhersehbarkeit* der Entscheidungen zweifeln. Diese Befürchtung gründet sich zunächst bereits auf die Vernachlässigung des Wortlauts der Norm: *grundsätzlich* werden keine "guten Sitten" geschützt, sondern ein ökonomisches Ideal, nämlich der "Leistungswettbewerb".<sup>449</sup>

Beispiele sind die Fälle IV und V, die umwelt- und sozialmotiviertes Sponsoring zum Gegenstand haben. Sie wurden als Gefährdung des *Leistungswettbewerbs* gewertet, weil dieser eine "gefühlbetonte, unsachliche Werbung" verbiete (weil nahezu jede Werbung gefühlbetont ist, muß es sich hier um eine *besonders* gefühlbetonte Werbung handeln<sup>450</sup>).

Eine unzulässige gefühlbetonte Werbung liegt danach vor, weil die Unternehmen mit Aussagen werben, die nicht *in sachlichem Zusammenhang* mit ihren Produkten stehen. Der BGH hat sich damit aber nicht begnügt<sup>451</sup> und als weiteres Kriterium eine *Interessenabwägung* eingeführt. Der Kreis der Interessen, der berücksichtigt wird, ist dabei ständig erweitert worden: zunächst wurden nur die Interessen der Mitbewerber, dann die Interessen der Verbraucher und letztlich der Allgemeinheit miteinbezogen. Allein diese Trias zeigt, daß der Abwägungsvorgang komplizierter und damit in seinen Ergebnissen weniger voraussehbar geworden ist. Für welches Paradigma – "Leistungswettbewerb" oder "Interessenab-

---

201, BVerfGE 28, 282, 289 und BVerfGE 28, 36, 46 f "Soldaten" sind wohl nicht ohne Bezugnahme auf Art. 17 a GG – der die Einschränkung von Grundrechten im Wehrdienst erlaubt – zu bewerten.

449 § 1 UWG unterscheidet sich damit von §§ 138, 826 BGB wo es immer noch um den Schutz der guten Sitten gehen soll. Diese Vorschriften sind "nur" Korrektive und Auffangtatbestände einer ansonsten grundsätzlich funktionierenden Privatrechtsordnung: § 1 UWG ist nicht das Korrektiv und der Auffangtatbestand spezieller Werberechte und Wettbewerbsnormen, sondern ob seiner singulären Sanktionskompetenz vor allem die "magna charta" des Wettbewerbsrechts. Und so unterscheidet sich § 1 UWG von anderen generalklauselartigen Normen, die vom BVerfG als verfassungsgemäß qualifiziert wurden: BVerfGE 7, 198, 206 "Lüth", BVerfGE 66, 116, 138 "Wallraff" zu §§ 823, 826 BGB. § 1 UWG wurde vom BVerfG wegen seiner Unbestimmtheit bisher noch nicht kritisiert: BVerfGE 32, 311, 317 "Grabsteinvertreter" mißt § 1 UWG nur an Art. 12 GG, wobei zu prüfen sein wird, ob die Verpflichtung zur Bestimmtheit bei Art. 5 und Art. 12 GG identisch ist; BVerfGE 85, 248, 263 "Hackethal" nimmt eine Vereinbarkeit mit Art. 5 GG an. Es handelte sich aber *nicht* um das Verbot gefühlbetonter Werbung als Ergebnis einer Geschmackszensur, sondern im Fall "Hackethal" um ein öffentlich-rechtliches, bestimmtes Werbeverbot im ärztlichen Standesrecht, das den Verstoß gegen § 1 UWG als "wertbezogene Vorschrift" indizierte (dazu K.H.Mees, Einheitliche Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG bei Verstößen gegen wertbezogene und wertneutrale Normen, GRUR 1996, 644 f). Gerade im kommerziellen Bereich hat BVerfGE 88, 366, 380 f "Warmblutpferd" hohe Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen gestellt; und zwar – jedenfalls nach H.J.Papier/J.Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AÖR 122 (1997), 177, 198 m.w.N. – fast höhere als im Strafrecht.

450 A.Mylaeus, Die "gefühlbetonte" Werbung als Erscheinungsform der "unsachlichen Werbung" und ihre Beurteilung nach § 1 UWG, 1983, S. 19 ff, S. 26 ff schildert Meinungen, die den Leistungswettbewerb als "Werbeleistungswettbewerb" definieren: bestimmend für das Produkt sei nicht nur die Qualität, die ihr der Produzent verleihe, sondern auch die emotionale Identifikationsmöglichkeit, die der Konsument empfinde.

451 Siehe insgesamt 3.Kapitel V 6 f bb) folgende.

wägung<sup>452</sup> – sich das Gericht entscheidet, ist bei der – *für § 1 UWG noch nicht einmal existierenden Fallgruppe der wahrheitsgemäßen oder wahrhaftigen Werbung* nicht vorhersehbar.<sup>453</sup> Selbst wenn man sich auf die Gesetzesfortbildung oder Rechtssetzung durch Paradigmen- („Leistungswettbewerb“, „Interessenabwägung“) und Fallgruppenbildung<sup>454</sup> (etwa „gefühlbetonte Werbung“) einlassen könnte, widerspricht Fall I („Ölverschmutzte Ente“) diesem Schema:

Dort konnte und wollte der BGH – weil es sich um Image- und nicht um Produktwerbung handelt – gerade nicht mit dem Leistungswettbewerb argumentieren.<sup>455</sup>

*Selbst der „Leistungswettbewerb“ und die „Interessenabwägung“ das Paradigma „leistungsgerechter Wettbewerb“ reicht also für die „Auslegung“ des § 1 UWG nicht aus.* Als Begründung bleibt in Fall I nur der Wortlaut von § 1 UWG übrig: die Sitten (im Wettbewerb<sup>456</sup>), die Richter Kraft eigener Rechtskunde nach dieser Entscheidung kennen. Allein die Kompetenz des Staates zur Beurteilung der *allgemeinen* Sittlichkeit<sup>456</sup> einer Meinung – mit der Ausnahme des Jugendschutzes<sup>457</sup> – stellt die Freiheit der Meinung in Frage. Das „allgemeine Gesetz“ zum Schutz des Wettbewerbs wird durch die BGH-Rechtsprechung so zum Sondergesetz gegen unsittliche Meinungen.

Die Begründung dafür, wann und weshalb werbliche Meinungen wie Fall I unsittlich sind, genügt in einer meinungsfreiheitlichen Betrachtung nicht mehr den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Das BVerfG verlangt bei Generalklauseln von der Rechtsprechung *mehr* als eine Interessenabwägung:

“Das, was das Gesetz offenläßt, ist durch Richterrecht auszufüllen. Diese Aufgabe ist nicht gleichbedeutend mit derjenigen einer unvermittelten einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung. Eine solche mag zwar in besonderem Maße Einzelfallgerechtigkeit verwirklichen. *Sie kann aber die Rechtsfindung nicht normativ leiten*, wie es die Aufgabe der Gesetze *und des ergänzenden Richterrechts ist*; ebensowenig vermag sie dem rechtsstaatlichen Gebot der Berechenbarkeit des Rechts, der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit gerecht zu werden.”<sup>458</sup>

Bei der Wahrnehmung der Gesetzesfortbildung und Rechtssetzung, die dem “ergänzenden Richterrecht” obliegt, legt das BVerfG den Schwerpunkt auf die Nachvollziehbarkeit der Begründung. Normen müssen grundsätzlich so bestimmt sein, daß die Möglichkeit besteht

---

452 Das Interessenabwägungsargument wird oft mit dem Empfinden des symbolischen "verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden" garniert. Dazu siehe unter ...

453 Siehe zum Fehlen dieser Fallgruppe die Kommentare von Köhler, Baumbach-Hefermehl und Schönemann.

454 H.J.Papier/J.Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AÖR 122 (1997), S. 177, 202 f.

455 Anders als die Vorinstanz . dazu siehe unter ...

456 Es handelt sich bei Fall I – anders als bei Fall III – gerade nicht um individuelle Rechtsgüter.

457 Siehe das Gesetz über jugendgefährdende Schriften mit dem Werbeverbot in § 5.

458 BVerfGE 66, 116, 138 "Wallraff".

“die der Entscheidung zugrunde gelegten Maßstäbe *selbst oder deren Anwendung im Einzelfall in Frage zu stellen.*”<sup>459</sup>

Wenn Gerichte ohne dies zu begründen, einmal den „Leistungswettbewerb“, einmal die „Interessenabwägung“ und einmal die „Sitten“ als Beurteilungsgrundlage wählen und die Richter selbst zugeben, sich hinter Symbolen wie dem “verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden” zu verbergen, ist diesen Anforderungen<sup>460</sup> wegen der besonderen Empfindlichkeit von Meinungen gegenüber einem Klima der “Einschüchterung”<sup>461</sup> nicht genügt. Allein die Widersprüchlichkeit der Paradigmen zeigt, daß es sich nicht um die erhoffte Flexibilität und Realitätsnähe einer Gesetzesfortbildung handelt, sondern um eine meinungsfreiheitlich nicht erträgliche „Rechtssetzung“. Wenn es sich um “Meinungen” handelt, muß in besonderer Weise bereits einem Klima der Einschüchterung vorgebeugt werden. Im amerikanischen Verfassungsrecht hat sich die Bezeichnung “Risk of Chill”<sup>462</sup> eingebürgert; dem Gedanken hat auch das BVerfG in seiner Rechtsprechung zur Vermutung zugunsten der freien Rede Rechnung getragen.<sup>463</sup>

Die drohende Belastung, mit (kostenpflichtigen) Unterlassungserklärungen (gekoppelt mit Unterwerfungserklärung und Vertragsstrafeversprechen) von mehreren Wettbewerbern überzogen zu werden,<sup>464</sup> kann die Äußerung von “Meinungen” ersticken. Wenn die hier vertretene Ansicht nicht überzeugt, dann stellt sich die Frage der Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Varianten der kommerziellen und nicht-kommerziellen Sprache

#### d) Fallgruppenbildung bei Art. 5 Abs. 1 und 2 GG

##### aa) Fallgruppenbildung im Schutz- und effektiven Garantiebereich

Offen bleibt bisher in der BGH-Rechtsprechung die im amerikanischen Verfassungsrecht zeitweilig bejahte<sup>465</sup>, im Völkerrecht dagegen verneinte Frage,<sup>466</sup> in-

459 BVerfGE 88, 366, 380 f “Warmblutpferd”. Es handelt sich um eine Satzung von Privaten und deshalb mag die Beurteilung durch das BVerfG besonders strikt ausgefallen sein. In seiner Entscheidungsbegründung behauptet es aber, “daß private Regelungen jedenfalls nur dann zur Grundlage staatlicher Maßnahmen mit grundrechtsbeschränkender Wirkung gemacht werden dürfen, *wenn sie den rechtsstaatlichen Anforderungen an staatliche Normen, namentlich dem Bestimmtheitsgrundsatz, entsprechen*” (S. 379).

460 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2492 f “HIV Positiv”; es handelt sich hier nicht um die Auslegung von Meinungen – wie in der BVerfG-Entscheidungen – sondern um die Bewertung ausgelegter “Meinungen” als sittenwidrig.

461 W.Hoffmann-Riehm, Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1, 15 f.

462 4.Kapitel.

463 BVerfG 60, 234, 241 “Kredithaie”: “Die Befürchtung, wegen einer wertenden Äußerung einschneidenden gerichtlichen Sanktionen ausgesetzt zu werden, trägt die Gefahr in sich, öffentliche Kritik und öffentliche Diskussionen zu lähmen oder einzuengen und damit Wirkungen herbeizuführen, die die Funktion der Meinungsfreiheit in der durch das Grundgesetz konstituierten Ordnung zuwiderlaufen.”

464 Zur Möglichkeit der Herabsetzung des Streitwerts im Gerichtsverfahren vgl. § 23 a,b UWG.

465 4.Kapitel II 4 c); 6e).

466 6.Kapitel II 2 b bb).

wieweit Werbung einen *“geringeren Schutz”* als nicht-kommerzielle Sprache genießt und genießen muß.<sup>467</sup>

Bei der kommerziellen Sprache kommen Ausdifferenzierungen auf beiden Ebenen in Betracht:

- (1) Auf der Ebene des Schutzbereichs geht es um eine weitere Auffächerung der kommerziellen Sprache. Es wird zu prüfen sein, ob zwischen Sponsoring, Werbung, Persönlichem Verkauf und Public Relations zu differenzieren ist, etwa mit der Folge, daß die Public Relations grundsätzlich meinungsfreiheitlichen Schutz genießen, und das Sponsoring und die (klassische) Werbung nur dann, wenn ein besonderer Beitragswert vorliegt.
- (2) Auf der Ebene des effektiven Garantiebereichs kann dann weiter geprüft werden, ob *die* Formen der kommerziellen Sprache, die meinungsfreiheitlich geschützt werden, einen anderen oder einen geringeren Schutz genießen als die nicht-kommerzielle Sprache.

Der Vorteil der Definition der kommerziellen Sprache wie auch der Abgrenzung des Gegensatzpaares (kommerzielle und nicht-kommerzielle Sprache) auf der Schutzbereichsebene *und* die Entwicklung von Kriterien für den geringeren Schutz auf der Ebene des effektiven Garantiebereichs ist Voraussetzung für eine erhöhte Sachgerechtigkeit, Vorhersehbarkeit und Überzeugungskraft der Rechtsprechung und Dogmatik. Methodisch ist die Bildung von Fallgruppen bei Art. 5 Abs. 1 GG nicht neu, wie die Kategorien *“Tatsachenbehauptungen”*, *“Werturteile”*, *“Formalbeleidigung”*<sup>468</sup> auf Schutzbereichsebene<sup>469</sup> und *“Schmähhkritik”*<sup>470</sup> und *“Meinungen, die die Menschenwürde antasten”*<sup>471</sup> auf der Ebene des effektiven Garantiebereichs zeigen.<sup>472</sup>

#### bb) Konzepte für den abstrakt-unterschiedlichen Schutz von Werbung

Es gibt grundsätzlich drei Konzepte, die als *“Einheits-“* und *“Differenzierungs- und “Parallelitätsargument”* bezeichnet werden können.

---

467 G.Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 26. Anders M.Bolz, Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte, 1991, 119 ff zu einer Strukturierung der Schranken.

468 BVerfGE 60, 234, 242 *“Kredithaie”*.

469 Die Unterscheidung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen hat auch Auswirkungen auf den effektiven Garantiebereich; es handelt sich also um Fallgruppen, die in beiden Bereichen zu Besonderheiten führen. Siehe unter ...

470 BVerfGE 82, 43, 51 *“Faschistenfreund”*: bei der Schmähhkritik (BVerfGE 82, 272, 284 *“Zwangsdemokraten”*:... wenn ... nicht die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht“) tritt die Meinungsäußerungsfreiheit regelmäßig gegenüber dem Ehrenschatz zurück. Auch bei der Werbung gibt es die Fälle der *“Schmähhkritik”* wie die Berühmung eines *“Haifischknorpelpulvers”* mit *“Scheiß des Monats”* (OLG München Urt.v.23.5.1996 nach Handelsblatt v. 5.2.1997, S.2) oder die Benennung der Konkurrenzprodukte eines Computerherstellers als *“Schrott”* (LG München v. 17.10.1996 in c’t 1997, Nr. 10, S. 284).

471 BVerfGE 93, 266, 293 *“Soldaten sind (potentielle) Mörder”*.

472 D.Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697, 1705. Die Problematik einer Fallgruppenbildung im effektiven Garantiebereich ist die der Auslegung der Verfassung nach dem Gesetz. Dieser Einwand trifft nicht zu, weil das einfache Gesetz an der Verfassung gemessen wird und dann eine Regelvermutung aufgestellt wird; siehe BVerfGE 82, 272, 282 f *“Zwangsdemokraten”*.

- (1) **Einheitsargument mit dem Befund der verfassungswidrigen Konkretisierung des § 1 UWG.** Eine Meinungsfreiheit, die es erlaubt, "Soldaten als Mörder"<sup>473</sup> zu bezeichnen, und es einem Unternehmen nicht erlaubt, das Bild einer ölverschmierten Ente mit dem Unternehmensnamen zu verbreiten (Fall I), gibt es nicht. Diese Inkonsequenz des meinungsfreiheitlichen Schutzes von kommerzieller Sprache ist auch in den USA bekannt, wo Hetzreden des Ku-Klux-Clan verbreitet werden dürfen und Werbeaussagen über Zahnpasta wegen des Irreführungspotentials untersagt werden.<sup>474</sup> Hier wie dort stellt sich die Frage, warum bei nicht-kommerzieller Sprache die Irreführung und die Belästigung von Menschen hingenommen werden. Die Aufklärung von Irrtümern wird bei der nicht-kommerziellen Sprache der Gegenrede überlassen; bei der kommerziellen Sprache wirkt der Staat an der Unterdrückung von "Meinungen" mit. Die Konsequenz, die die öffentlich-rechtliche Literatur aus dem meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung zieht, ist deshalb für Fall I ("Ölverschmutzte Ente") zwingend: es liegt eine verfassungswidrige Konkretisierung von § 1 UWG vor, die – nach Befassung des BVerfG – zur Liberalisierung des Werberechts führen muß.<sup>475</sup>
- (2) **Konzept des geringeren Schutzes und Differenzierungsargument.** Dieses Ergebnis kann man vielleicht dadurch ändern, daß man für die kommerzielle Sprache ein "Konzept des geringeren Schutzes" entwickelt. Es handelt sich um den Weg, den auch das US-amerikanische Verfassungsrecht zeitweilig gegangen ist ("lesser protection").<sup>476</sup> Fall I ("Ölverschmutzte Ente") ist ein Beleg dafür, wie notwendig ein solches Konzept wäre, wenn man überhaupt nur hofft, § 1 UWG in der „Konkretisierung“ durch den BGH als meinungsfreiheitlich verfassungskonform zu bewerten. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich um eine "Geschmackszensur", auch wenn der BGH das ausdrücklich bestreitet.<sup>477</sup> Der "Meinungsinhalt" ist in Fall I sicher nicht "geschmacklos"; die Strategie des Unternehmens, sich solidarische Rezipienten zu schaffen, trifft "nur" nicht den Geschmack der Richter.<sup>478</sup> Es gehörte bisher zu den unstrittigen Errungenschaften der Moderne, geschmäcklerische "Zensur" durch den Staat zu unterbinden und die Überzeugungskraft wie auch das Konfrontationspotential einer Meinung dem Meinungsmarkt, nicht aber der Einschätzung von Gerichten, zu überlassen. Wenn für "kommerzielle Meinungen" etwas anderes gelten soll, dann bedarf es grundsätzlich<sup>479</sup> der Differenzierung von "kommerziellen" und "nicht-kommerziellen Meinun-

473 BVerfG Kammerbeschl.v.25.8.1994 NJW 1994, 2943 "Soldaten sind Mörder."

474 4.Kapitel.

475 W.Hoffmann-Riehm, Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1, 16; K.J. Grigoleit/J.Kersten, Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikation, DVBl 1996, 596, 605.

476 Siehe im 4.Kapitel.

477 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2488, 2489 f; in BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2492 f "HIV-Positiv" (Fall II a) wiederholt er, daß "nur geschmacklose Werbung" nicht beanstandet werde. Bei Fall II a sei der "Bereich bloß schlechten Geschmacks" weit überschritten. Eine Unterscheidung von "nur geschmackloser Werbung" von anderer, noch geschmackloserer Werbung ist Geschmacks"zensur".

478 Der BGH hat übersehen, daß er durch die Ablehnung einer leistungswettbewerbswidrigen Beeinflussung der Käufer sich auch einer funktional-wettbewerbsbezogenen Begründung beraubt hat. In der Entscheidung findet sich keine (andere) Begründung, warum es gegen die "guten Sitten" verstößt, wenn ein Unternehmen so wirbt. Der Befund einer (vielleicht) eintretenden Solidarisierung ersetzt völlig die Subsumtion unter die "guten Sitten".

479 Fall I ist ein Beispiel, wo auch dieses Konzept wegen der vollkommenen Verkennung der Bedeutung der Meinungsfreiheit durch den BGH nicht verfassungsgemäß angewandt werden konnte. Es fehlt jede Begründung, welches Ziel § 1 UWG in dieser Konkretisierung schützt, das mindestens gleichwertig wie die Meinungsfreiheit ist.

gen" und der Reduzierung des effektiven Garantiebereichs im Rahmen von Art. 5 GG. Diese grundsätzliche Einsicht ist Voraussetzung für die Einordnung einer Literaturmeinung, die die Parallelität der Schranken von Art. 12 und Art. 5 GG behauptet.

- (3) **Parallelitätsargument im Verfassungsrecht.** Wenn die Schranken von Art. 5 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG bei kommerziellen Sprachsverhalten den gleichen effektiven Garantiebereich umrahmen,<sup>480</sup> dann würde es keiner Differenzierung von kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache bedürfen. Es bedürfte aber auch keines meinungsfreiheitlichen Schutzes für die Werbung mehr, weil der gleiche Schutz bereits durch Art. 12 GG erreicht werden könnte. Dieses Argument wird im folgenden Abschnitt IV deshalb näher untersucht

cc) Sind Fallgruppen nicht bereits selbst Gefährdungen der Meinungsfreiheit?

Die „allgemeinen Gesetze“ sollen nicht an der Meinungsfreiheit, sondern an den Rechtsgütern, die sie *vor* der Meinungsfreiheit schützen, orientiert sein<sup>481</sup>. Das leuchtet ein, weil Gesetze, die sich vorrangig gegen Meinungen wenden, eher dafür anfällig sind, unverhältnismäßige „allgemeine Gesetze“ zu sein. Die Grenze zwischen „allgemeinem“ und „Sondergesetz“ ist gerade bei Generalklauseln schwer wahrnehmbar; deshalb schlägt eine ältere Ansicht eine inhaltsbezogene Ordnung der Kommunikation vor:

„Es verbleibt dann noch allein die Möglichkeit, daß der allgemeine Gesetzgeber einerseits von der thematischen und personellen Universalität des Kommunikationsprozesses ausgeht, andererseits *der unterschiedlichen Bedeutung einzelner Kommunikationskreise aber dadurch Rechnung trägt, daß er bei der Zuordnung der beeinträchtigten Rechtsgüter entsprechend den einzelnen Kommunikationsbereichen differenziert.* Etwa in der Form, daß er einer zwar schädigenden, aber zum politischen Kommunikationsbereich gehörenden Äußerung *grundsätzlich* den Vorzug vor einer bestimmten beeinträchtigten oder in einem bestimmten Maß verletzten Rechtsgut gibt, während er eine im gleichen Maß beeinträchtigende, aber zur unterhaltenden Kommunikation gehörende Äußerung gegenüber demselben Rechtsgut zurückdrängt“<sup>482</sup>.

Deutlich wird an diesem Zitat die Verlagerung einer Konkurrenzproblematik von Art.12 und 5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG auf die Ebene des effektiven Garantiebereichs in Art. 5 GG. Denn, wieviele Arten von Meinungen gibt es denn? Die politische, die unterhaltende, die werbende ...? Für jede sollen abstrakt – beeinträchtigte Rechtsgüter – erkannt werden – eine Differenzierung, die man auch im Verhältnis von Art.12 und Art.5 GG ansiedeln könnte. Die Diskussion bei Schrankendivergenzen wird lehren (siehe unter IV), daß abstrakte Güterabwägungen dem Einzelfall nicht gerecht werden können. Eine Voraussetzung dieser Differenzierung und Kategorisierung ist zudem, daß man Meinungen nach ihrem Inhalt oder ihrer

---

480 V.Jänich, Überhöhte Verbotsstandards im UWG, 1993, S. 91, 95f, 100 f und H.J.Ahrens, Benetton und Busengrapscher – ein Test für die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeitsklausel und die Meinungsfreiheit, JZ 1995, 1096, 1100, der dessen Argumente für gut findet.

481 K.v.Köller, a.a.O., S.268.

482 K.v.Köller, a.a.O., S.248.

Intention kategorisiert – die Schwierigkeiten sind in Fall I offenbar geworden. Selbst wenn man sie als Einzelfälle bewältigt, führt man mit dieser inhaltlichen Differenzierung die Sophistifikation der Meinungsfreiheit im Grundgesetz ad absurdum: das ernsthafte Bestreben jede Meinung unbeachtlich des Inhalts in möglichst umfassenden Maß zu schützen.

e) *Folgen des „meinungsfreiheitlichen“ Schutzes der Werbung: „Sondergesetze“ werden zur Regel*

Das *Differenzierungs*<sup>483</sup>- und das *Parallelitätsargument* deuten eine *grundsätzliche Veränderung* des effektiven Garantiebereichs der Meinungsfreiheit für kommerzielle *und* nicht-kommerzielle Sprache an. Art. 5 Abs. 2 GG verlangt ein „allgemeines Gesetz“.

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG verlangt demgegenüber kein „allgemeines“ Gesetz und deshalb wurden die „Sondergesetze“, die sich gegen die Werbung richten, bisher weitgehend<sup>484</sup> als verfassungsgemäß qualifiziert. Bei Werbebeschränkungs- und verbotsrecht handelt es sich regelmäßig um „Sondergesetze“, auch wenn sie in der abwägungsorientierten Terminologie des BVerfG zu allgemeinen Gesetzen mutieren können. Die Unterdrückung und Beschränkung der „Sprache“ der Grundrechtsträger ist *ein* wesentliches Mittel der (wirtschafts-)politischen Steuerung. Gerade die Äußerung der Meinung *bestimmter Personen* (der Herstellungs- und Vertriebsunternehmen; der Freiberufler) mit einem bestimmten *Meinungsinhalt* – meistens positive Assoziation mit dem Produkt – soll untersagt werden.

Einige Beispiele sind die produktbezogenen Werbeverbote und – beschränkungen im Heilmittel-, Säuglingsnahrungs- und Tabakwerberecht. Es handelt sich immer um legale Produkte – Waren und Dienstleistungen – für die nur eingeschränkt oder gar nicht geworben werden darf. Typisch für produktbezogene Werbebeschränkungen ist die Diskrepanz zwischen quantitativ unbeschränkter Herstellung (Produktpolitik) und Vertrieb (Kontrahierungspolitik) und qualitativ und quantitativ beschränkter, kommerzieller Sprache.

Diesem Archetypus entspricht sogar das gemeinschaftsrechtliche Tabakwerbeverbotsrecht – zum einen wird ein absolutes Werbe- und Sponsoringverbot<sup>485</sup> vom Rat befürwortet und zum anderen die Subventionierung von Tabakanbau in Höhe von DM 2 Milliarden beschlossen. Die Beschränkung von kommerzieller Sprache hat damit den Sinn, *Teile der „Realität“ des Seins aus der Realität des Textes, der Sprache, auszuklammern*: Man darf rauchen, man darf Tabak anbauen und vertreiben – aber in der Werbung sagen, daß man das tut, soll man de lege ferenda

---

483 Es besteht trotz der Differenzierung die Gefahr, daß die Differenzierung nicht "greift": zum einen aus tatsächlichen Gründen, weil kommerzielle und nicht-kommerzielle Aspekte nicht zu trennen sind; zum anderen aus rechtlichen Gründen, weil die Gerichte die Standards nicht trennscharf anwenden können. Ein Beispiel ist sicher der Schutz der negativen Rezipientenfreiheit, der bei nicht-kommerzieller Sprache anders zu bewerten ist als bei kommerzieller Sprache. Siehe dazu unter ...

484 BVerfGE 21, 271, 280 zu "§37 Abs.2 AVAVG.

485 Art.3 der Tabakwerbeverbotsrichtlinie. Siehe die Rüge der Sprecherin der sozialdemokratischen Fraktion im Europäischen Parlament "Werbeverbot ist Gipfel der Scheinheiligkeit", FAZ 24.4.1998, S. 20.

nicht mehr dürfen. Man muß nicht stillen; man darf Säuglingsnahrung herstellen und vertreiben; man darf aber für diese Nahrung nicht mit einem zufrieden lächelnden Kind werben.<sup>486</sup>

Nicht-kommerzielle Sprache hat demgegenüber den Sinn, unsere Wahrnehmung der Realität durch Sprache und Texte zu erweitern. Was man bei der Beschränkung der kommerziellen Sprache beabsichtigt, nämlich die Einschränkung der Ubiquität und Omnipräsenz der Werbung, kann man bei der nicht-kommerziellen Sprache, wenn sie wahrheitsgemäß ist, nahezu nie erreichen.<sup>487</sup> Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, daß der meinungsfreiheitliche Schutz von Werbung zur Egalisierung und Minimalisierung des effektiven Garantiebereichs auch für die nicht-kommerzielle Sprache führt, wenn die Trennung beider Kategorien nicht anwendungssicher gestaltet werden kann und die nicht-kommerzielle Sprache weiter als bisher beschränkt wird.

Die in diesem Unterabschnitt geschilderten Kritiken an einer Rechtsprechung, die im Rahmen von § 1 UWG zum meinungsfreiheitlichen Schutz der (klassischen) *Werbung* verpflichtet wird, werden durch den folgenden Abschnitt, der die Grundrechtskonkurrenz mit Art. 12 GG untersucht, bestärkt.

#### **IV. Grundrechtskonkurrenz zwischen Meinungs- und wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit**

*Das gewichtige Argument* gegen einen (*nur*) „meinungsfreiheitlichen“ Schutz von Werbung ist die Vernachlässigung der Konkurrenz zu Art. 12 GG. In der bisherigen Diskussion werden die Spielräume verschwiegen, die das Grundgesetz etwa bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Betätigung von ausländischen juristischen Personen in der Bundesrepublik Deutschland läßt. Es ist nicht Ziel der folgenden Ausführungen, diese Spielräume retrospektiv zu verteidigen; das Ziel ist die offene Verbuchung auf der „Haben“- oder „Sollseite“ von Ansichten, die die „Meinungsfreiheit“ sinnvariabel oder teleologisch mit der Werbung extensivieren wollen. Eine Voraussetzung dieser Verbuchung ist zunächst die Klärung der Begriffe.

##### **1. Konkurrenzlage**

###### **a) Begriff**

Die Grundrechtskonkurrenz setzt *eine* Sachlage voraus, in der

---

486 § 4 Abs. 1 SNWG.

487 Eine Ausnahme ist BGH Urt.12.7.1994 JZ 1995, 253 f zur Bekanntgabe von ca. 4500 "angeblichen inoffiziellen Mitarbeitern" des Ministeriums für Staatssicherheit. Der BGH hält die Prangerwirkung für Personen, die keine exponierte Stellung im öffentlichen Leben hatten, wegen des Schutzes ihres Persönlichkeitsrechts für unzumutbar. Kritisch zu dieser Untersagung auch wahrer Sprache H.H.Trute, JZ 1995, 257.

(1) *ein – dem Staat zurechenbarer – Eingriff*<sup>488</sup>

(2) *mehrere* grundrechtliche Gewährleistungsbereiche einer Person betrifft<sup>489</sup> also<sup>490</sup> eine Konstellation, die im folgenden als „*Konkurrenzlage*“ bezeichnet wird.

Grundrechtskonkurrenzen sind von *Grundrechtskollisionen (dazu unter V)* zu unterscheiden, in denen die Grundrechte einer Person den Grundrechten anderer Personen gegenüberzustellen sind (dazu siehe unter V)

b) *Ein dem Staat zurechenbarer Eingriff*

Entscheidend ist die zeitlich, personal und sachlich genaue Bezeichnung des staatlichen Eingriffs und gegebenenfalls des menschlichen „Verhaltens“, das der Eingriff beeinflusst.<sup>491</sup> Eine weitere Zerlegbarkeit des Eingriffs und/oder des Verhaltens, die zu einer ausschließlichen Geltung *eines* Grundrechts führen würden, ist auszuschließen.

Eine weitere negative Voraussetzung ist, daß es sich nicht nur um eine „*zufällige Berührung*“<sup>492</sup> mehrerer Grundrechte handelt. Für das Zusammentreffen mehrerer Grundrechte bei der Wirtschaftswerbung wird sowohl die These vom „Zufall“<sup>493</sup> als auch von der „*Regel*“<sup>494</sup> vertreten.

Nach hier vertretener Ansicht ist es weder Zufall, daß kommerzielle Werbung – wie in den Fällen I-IIa – Kommunikationen enthalten, die über das unmittelbare, durch Art. 12 GG geschützte Absatzinteresse hinausgehen, noch bedarf es einer Regelvermutung. Vielleicht beinhaltet nicht jede Werbung eine Meinung;

- etwa wenn die BGH-Rechtsprechung in Fall III („Busengrapscher“) <sup>495</sup> und die Literatur für Minimalgehalte, wie die Preiswerbung oder die Trikotwerbung mit dem Firmennamen den Meinungscharakter verneint.<sup>496</sup>

*die* Werbungen, für die der meinungsfreiheitliche Schutz diskutiert wird, setzen ihre meinungsbildende Funktion strategisch – und nicht zufällig – ein, um sich gegenüber sonstigen Werbungen zu distinguieren.

Diese Kombinationsratio geht über die *B e r ü h r u n g* meinungs- und betätigungsfreiheitlicher Aspekte weit hinaus. Fall I („Ölverschmutzte Ente“) macht

---

488 A.Bleckmann/R.Eckhoff, Der "mittelbare" Grundrechtseingriff, DVBl 1988, 373,f "final, hoheitlich, rechtlich und an den Grundrechtsträger adressierte Beeinträchtigung" weisen auf die Parallele zum belastenden Verwaltungsakt hin; gegen diese Verengung J.Schwabe, Nochmals: "Der "mittelbare" Grundrechtseingriff", DVBl 1988, 1055,f.

489 J.Schwabe, "Grundrechtsdogmatik, 1977, S.324. Siehe auch im 3.Kapitel V 6 g).

490 A.Bleckmann/C.Wiethoff: Zur Grundrechtskonkurrenz, DÖV 1991, 722 f.

491 Die Feststellung, daß sich eine menschliche Aktivität nicht in "verschiedene Tatbestände zerlegen" (Ch.Starck, in v.Mangoldt/Klein, Bonner Grundgesetz, Bd.1, 3.Aufl., S.128) läßt, ist Voraussetzung für die Feststellung einer Konkurrenzlage. Entweder wird das Vorliegen einer Konkurrenzlage verneint, oder es schließt sich eine Einzelfallprüfung an.

492 Ch.Starck, a.a.O., S. 128.

493 Ch.Starck, a.a.O., S.128, ohne weitere Begründung wird ein zufälliges Zusammentreffen der Gewährleistungen erkannt, daß zur Folge haben soll, daß berufliche Werbung dem Art.5 GG unterfällt..

494 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.132, 138.

495 BGH Urt.v. 18.5.1995 NJW 1995, 2486 "Busengrapscher"/"Schlüpferstürmer".

496 Dazu siehe unter III 3 b ee).

deutlich, daß sowohl die Berufsausübung als auch die Kunst- und Meinungsfreiheit tangiert sein können und daß diese mehrfache Betroffenheit nicht auf Zufall, sondern auf einem geplanten Zusammenwirken des Werbungs- und Kunstaspekts mit dem Verkauf von Bekleidung beruht.

Die Instrumentalisierung von Meinungen und Kunst für Werbung ist so verbreitet (siehe auch 3.Kapitel V 7), daß man deshalb die Fälle I-II („Ölverschmutzte Ente“, „HIV-Positive“) nicht als unbedeutende Randerscheinung qualifizieren<sup>497</sup>, und deshalb bereits das Vorliegen einer Konkurrenzlage ablehnen kann.

c) *Contra die „Abgrenzungsthese“*

Eine Voraussetzung für das Entstehen einer Konkurrenzlage<sup>498</sup> ist, daß mehrere Grundrechte überhaupt nebeneinander gelten können. Die Vertreter der sogenannten Abgrenzungsthese bestritten das mit dem Argument, bereits die abstrakt-generellen Tatbestände ließen sich derart gegenseitig ausschließen, daß eine Konkurrenzlage nicht entstehe.<sup>499 500</sup>

Das Gegenargument zu dieser Abgrenzung via Auslegung ist die Gefahr, daß bei einer konkurrenzausschließenden Schutzbereichsermittlung Sachverhalte *ohne Prüfung der effektiven Garantiebereiche* dem einen oder anderen Grundrecht zugeordnet werden und die Dogmatik so zu einer Verringerung des Grundrechtsschutzes führt. Grundrechte sind deshalb *grundsätzlich* ohne Rücksicht auf die Gefahr des Entstehens von Konkurrenzsituationen auszulegen.<sup>501</sup> *Die Ausnahme von diesem Grundsatz ist die „Neuinterpretation“ der Verfassung.* Wer Werbung meinungsfreiheitlich schützen will, wenn eine jahrzehntealte Rechtsprechung und Literaturauffassung das mehrheitlich ablehnte, muß

- dazu Stellung nehmen, ob oder inwieweit Werbung noch als Berufsausübung geschützt wird;
- erkennen, welche Bedeutung der meinungsfreiheitliche Schutz von Werbung für bisher bestehende Konkurrenzlagen hat.

---

497 Musik wirbt für Rum (Baccardi-Song), Schauspieler erzählen einen Marmelade-Sketch (Zentis).

498 Einen Überblick über die Vorschläge zur Lösung von Grundrechtskonkurrenzen bietet K.Stern, Staatsrecht, III/2 § 92 III.

499 H.Wehrhahn, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AÖR 82 (1971), 250,273. H.Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, 1963, S.18 ff. M.Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie, Zugleich ein Beitrag zur Problematik von Grundrechtskonkurrenzen, 1980, S.28 Fn.16, 31 m.w.N.

500 W.Berg, Konkurrenzen schrankendivergender Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, S.74 Gegen die sachliche Rechtfertigung solcher Subsumptionsbemühungen sprechen die Erfahrungen im Strafrecht, das trotz einer größeren Detailtreue der Strafnormen im Vergleich zu den Grundrechten die Problematik, daß ein Verhalten mehrere Straftatbestände verwirklichen kann (§ 52 StGB), zugesteht.

501 M.Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie, 1980, S. 31 ff m.w.N.

## 2. Konkurrenzarten

Die Grundrechtskonkurrenzen sind in ihrer strukturellen Aufarbeitung vor allem eine Domäne der (älteren) Literatur<sup>502</sup>, während die Rechtsprechung naturgemäß eher punktuell zu Konkurrenzsituationen einzelner Grundrechte Stellung nimmt (siehe etwa zum Verhältnis von Meinungs- und Kunstfreiheit unter I 3 a). Die Terminologien, die in der Literatur vertreten werden, sind genauso unterschiedlich wie individuell und werden hier nur in ihren Grundzügen dargestellt.

### a) Abstrakte und konkrete Konkurrenzen

Ein Vorschlag<sup>503</sup> zur Systematisierung der Konkurrenzprobleme unterscheidet „**abstrakte und konkrete Konkurrenzen**“.

„**Abstrakt**“ sollen Grundrechtskonkurrenzen sein, wenn ohne Bezug zu einem Einzelfall eine Überschneidung oder Deckung der Schutzbereiche vorliegt, „**konkret**“ sollen Grundrechtskonkurrenzen sein, wenn sie durch „Handlungen“ eines Grundrechtsträgers miteinander verbunden werden.

Die Freiheit der Kunst und der Berufsausübung stehen nach dieser Ansicht in keinem „abstrakten Konkurrenzverhältnis“, weil es sich um zwei „völlig verschiedene Schutzbereiche handelt“<sup>504</sup>. Sie können aber in einem „konkreten Konkurrenzverhältnis zueinander stehen, „wenn ein Berufsmusiker Trompete bläst“ oder im Fall I, II a („Ölverschmutzte Ente“, „HIV-Positive“) ein Bekleidungsproduzent mit Kunst (und „Meinungen“) wirbt.

Der Unterschied in der Behandlung abstrakter und konkreter Konkurrenzlagen soll darin bestehen, daß bei abstrakten Konkurrenzlagen **Schutzbereich und Schranken** der betroffenen Grundrechte in eine **Abwägungslösung** eingehen, während bei der konkreten Konkurrenzlage „in dubio pro libertate“ zur Anwendung der **stärksten Schranke** für staatliches Handeln zwingen soll.<sup>505 506</sup> Pauschallösungen, wie sie für die abstrakte Kumulation vorgeschlagen werden, tragen der vielleicht qualitativ sehr unterschiedlichen Intensität der Betroffenheit einzelner Grundrechte nicht Rechnung.

---

502 J.Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1.Auflage, 1977 und 2.unveränderte Auflage, 1997 sowie L.H.Fohmann, Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich, 1978, S. 61-90 mit einer Fülle von Übersichten zu möglichen Konkurrenzen.

503 A.Bleckmann/C.Wiethoff, Zur Grundrechtskonkurrenz, DÖV 1991, 722,f.

504 a.a.O.

505 A.Bleckmann/C.Wiethoff, DÖV 1991,722, 729.

506 Die Schwäche dieses Kategorisierungsversuchs liegt in der ungenauen Verortung des Konkurrenzlage und der damit zusammenhängenden Schwierigkeit, Aussagen darüber zu machen, ob die Berufung auf **ein** Grundrecht die Berufung auf **andere** Grundrechte ausschließt – also über die intendierte Exklusivität von grundrechtlichen Freiheitsrechten. Beispielhaft: "Insbesondere aus der Tatsache, daß einer bestimmten Institution wie etwa der Versammlung, der Vereinigung, dem Eigentum und der Freizügigkeit eine bestimmte Einzelnorm des Grundgesetzes gewidmet ist, läßt sich ferner nicht schon ableiten, daß die Entwicklung paralleler Freiheiten aus den anderen Grundrechten ausgeschlossen ist." (A.Bleckmann/C.Wiethoff, DÖV 1991, 722, 724). Allenfalls für die Beurteilung des grundrechtlichen Schutzes von Ausländern im Grundgesetz kann eine abstrakte Betrachtungsweise angebracht sein – ohne daß die Ergebnisrelevanz einer solchen Kategorisierung überzeugt.

Warum soll es einen dogmatisch erheblichen Unterschied machen, ob Grundrechtsträger in *einer* Kombinationsratio ihre Grundrechte verwirklichen *die* die Väter des Grundgesetzes oder der Verfassungsinterpret (*vielleicht* nicht) vorher-sahen?

Grundsätzlich werden Konkurrenzlagen nur anhand von konkreten Einzelfällen einer Abwägung zugeführt werden können, weil dann erst überprüft werden kann, ob eine Konkurrenzlage überhaupt vorliegt und ob sie durch eine entsprechende Tatbestands- oder Rechtsfolgenauslegung vermieden werden kann oder zu vermeiden ist.<sup>507</sup> Eine dogmatisch unterschiedliche Behandlung von abstrakten und konkreten Konkurrenzen ist deshalb abzulehnen.

#### b) *Tatbestands- und Rechtsfolgekonkurrenzen*

Voraussetzung *dieser* Unterscheidung ist, daß Grundrechte in Tatbestände und Rechtsfolgen unterteilt werden können.

Der „Tatbestand“ ist die Summe der Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit der Schutzbereich (insofern als Rechtsfolge) eröffnet wird.

Wenn *Schutzbereich* durch den Tatbestand definiert wird, dann sind Konkurrenzen auf der Tatbestandsebene denkbar.

Wird Werbung als Bestandteil der „Berufsausübung“ *und* der „Meinung“ definiert, dann ist eine Tatbestandskonkurrenz zwischen Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. und Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gegeben. *Das ist die Auffassung des BVerfG in der „Arztwerbungsentscheidung“* (im Sinne dieser Arbeit Public Relations), *das die standesrechtliche Beanstandung der Interviews eines Arztes, die dieser der Presse gewährt hatte, sowohl an Art. 12 GG als auch – allerdings kürzer – an Art. 5 GG gemessen hat.*<sup>508</sup>

Genauso setzt die Annahme einer Rechtsfolgenkonkurrenz unterschiedliche Rechtsfolgen der Grundrechte – in der Terminologie dieser Arbeit: unterschiedliche „effektive Garantiebereiche“ – voraus. Der *Wortlaut* der Schrankenbestimmungen – des Regelungsvorbehalts wie des „allgemeinen Gesetzes – spricht für diesen Unterschied. Literaturansichten, die eine Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge kennen,<sup>509</sup> umschreiben die „Rechtsfolge“ als eine Mischung von Unterlassungsverpflichtung und spezieller Schrankenbestimmung:

„*Wenn* jemand seine Meinung äußert (*Tatbestand*), so soll der Staat es unterlassen, ihn daran zu hindern, *es sei denn aufgrund eines allgemeinen Gesetzes ... (Rechtsfolge)*“<sup>510</sup>.

Bei Art. 12 GG müßte die Rechtsfolge heißen:

Wenn der Staat die „Rahmenordnung“ für eine wirtschaftliche Betätigung geschaffen hat (*Tatbestand*), dann darf er in die Freiheit der wirtschaftlichen Betäti-

---

507 J.Schwabe, Grundrechtsdogmatik, 1977, der der Grundrechtskonkurrenzlehre vorwirft, sie bleibe ohne konkrete Einzelfallbetrachtung den Nachweis einer Konkurrenzlage und damit eines – problemes schuldig S325 f..

508 BVerfGE 95, 248, 256 ff; 263 f "Hackethal".

509 J.Schwabe, a.a.O., 1977, S. 326 Fn.11.

510 J.Schwabe, a.a.O., S. 326.

gung nur eingreifen, wenn hinreichende Gründe des Allgemeinwohls das rechtfertigen (*Rechtsfolge*).<sup>511</sup>

Formal ist die Grundrechtsschranke so die Eingriffsvoraussetzung und damit ein Bestandteil der Rechtsfolge. Das entspricht auch einem grundrechtlichen Prüfungsaufbau, der zuerst die Eröffnung des Schutzbereichs, das Vorliegen eines Eingriffs und dann die Rechtfertigung des Eingriffs durch eine Schrankenbestimmung überprüft.<sup>512</sup> Die bei der Werbung potentiell einschlägigen Schranken verdeutlicht die beiliegende Übersicht. Im folgenden wird die Konkurrenzproblematik von Betätigungsfreiheit, Handlungsfreiheit und Meinungsfreiheit zunächst als Tatbestandskonkurrenz untersucht. Es ist die logische Vorgehensweise, weil die Tatbestandskonkurrenz Voraussetzung einer potentiellen Rechtsfolgenkonkurrenz ist (dazu siehe unter 3 und 4).

Grundsätzlich gibt es zwei Formen der Tatbestandskonkurrenz, nämlich die „Spezialität“ und die „Tatbestandsüberschneidung“.

#### aa) Tatbestandskonkurrenzen: Spezialität

Bei der Spezialität stellt sich vor allem die Frage, inwieweit bei (EU)-ausländischen Grundrechtsträgern ein meinungsfreiheitlicher Werbungsschutz als „Jedermannsrecht“ zur Veränderung der Konkurrenzlagen, die bisher Art. 12 und 2 GG umfassen, führt (siehe unter 3).

#### bb) Tatbestandskonkurrenzen: Tatbestandsüberschneidungen

Bei den Tatbestandsüberschneidungen können wiederum zwei Formen

(1) *Partielle Tatbestandsidentität*. Bei der partiellen Tatbestandsidentität handelt es sich um *die* zentrale Konkurrenzproblematik der Werbung (siehe unter 4).

(2) *Partielle Tatbestandsüberlagerung*. Graphisch darstellbar ist die partielle Tatbestandsüberlagerung<sup>513</sup> durch zwei Grundrechtskreise, die ausschnittsweise berührt werden. Es handelt sich um *eine* Maßnahme, die auf (mindestens) zwei grundrechtliche Schutzbereiche trifft, die im konkreten Fall keine teildentischen Schutzbereiche haben.

---

511 Eine Verpflichtung zum Unterlassen hat der *regelungsbefugte* Staat (Art. 12 Abs.1 S. 2 GG) nicht.

512 L.Fohmann, Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich, EuGRZ 1985, 49, 56 schlägt eine dreiteilige Gliederung des Tatbestands der Grundrechte in Thema-, Begrenzungs-, und Einschränkungsmkmale vor. Bei der Berufsfreiheit wäre Themamerkmal "Beruf", Begrenzungsmerkmal "Deutscher" und Einschränkungsmerkmal Art.12 Abs.1 S.2 GG. Mit der Einordnung als Beschränkungsmerkmal wird aber die Prüfung, inwieweit der Schutz von Deutschen in Art.12 GG Sperrwirkung für eine Berufsfreiheit der Ausländer besitzt, vorausgesetzt.

513 Der Begriff Tatbestandsüberlagerung, den J.Schwabe, a.a.O., S. 328 prägt, ist mißverständlich, weil eine Überlagerung der beiden Schutzbereiche im Sinne einer Teilmenge nicht vorliegt. Deshalb ist auch der Oberbegriff "Tatbestandsüberschneidungen" unzutreffend.

Ein Beispiel sind die wegen des Gebrauchs *einer* Freiheit verhängten Sanktionen, die *eine* andere Freiheit beeinträchtigen, wie etwa bei der gerichtlichen Absicherung von Unterlassungsurteilen durch die Auferlegung von Ordnungsgeldern (bei sittenwidrigen Werbungen § 1 UWG).

Eine Schrankenproblematik liegt grundsätzlich nicht vor, weil die Einschränkung der Werbefreiheit durch eine Schrankenbestimmung gerechtfertigt ist und auf der anderen Seite die Auferlegung von Geldleistungspflichten nur im Fall einer grundlegenden Beeinträchtigung der finanziellen Verhältnisse<sup>514</sup> des Schuldners die Schutzbereiche von Art. 14 Abs.1, 12 Abs.1 GG beeinträchtigt. Die partielle Tatbestandsüberlagerung wird deshalb nicht weiter dargestellt.

### 3. Tatbestandskonkurrenzen: Spezialität

Hier sind folgende Konstellationen denkbar.

#### a) Spezialität

„Bei der Spezialität enthält ein Tatbestand *alle Merkmale* eines anderen allgemeinen Tatbestandes und darüber hinaus einige weitere von besonderer Art“<sup>515</sup>.

Graphisch darstellbar ist die Spezialität durch zwei konzentrische Kreise oder einen Kreisausschnitt.

#### aa) Spezialität des sachlichen Geltungsbereichs eines Grundrechts

Beim Schutz von Werbung verdrängt die speziellen Freiheitsrechte in Art. 12 Abs.1<sup>516</sup> und 5 GG<sup>517</sup> das Auffanggrundrecht des Art.2 Abs. 1 GG. Die Spezialität auf der *Tatbestandsseite* hat zur Folge, daß eine Konkurrenz auf der *Rechtsfolge* nicht mehr eintritt.<sup>518</sup> Spezialität in diesem Sinne ist deshalb kein Entscheidungskriterium für die Frage, ob Werbung (etwa in Fall I „Ölverschmutzte Ente“) in den speziellen Freiheitsrechten der Art.5 und 12 GG geschützt ist. Diese Schutzbereiche verhalten sich zueinander nicht wie konzentrische Kreise, sondern bilden allenfalls Schnittmengen, und damit Tatbestandsüberschneidungen.

Es gibt eine Berufsausübung ohne Meinungsäußerung und es gibt Meinungen, die nicht im Kontext der Berufsausübung geäußert werden.

#### bb) Spezialität des persönlichen Geltungsbereich eines Grundrechts

Das Grundgesetz kennt eine Unterscheidung zwischen „Deutschenrechten“, also Rechten, die ausdrücklichen deutschen Staatsbürgern (Art. 116 GG) vorbehalten sind und „Jeder“-Rechten. Bei den werbungsrelevanten Grundrechten sind Art.12 GG und Art. 9 GG „Deutschenrechte“, während Art.14 und 5 GG „jedem“ zustehen. Die Spezialität erstreckt sich nicht nur auf den sachlichen Geltungsbereich

---

514 BVerfGE 95, 267, 300; 91, 207, 220; 81, 108, 122; 78, 249, 277; 65, 196, 209; 4, 7,17 zur Belastung mit Abgaben.

515 J.Schwabe, a.a.O., 1977, 327.

516 BVerfGE 95, 173, 188; 94, 372, 389; 9, 73, 77.

517 BVerfGE 25, 88, 101; 24, 44, 62; 11, 234, 238.

518 Insoweit ungenau J.Schwabe, a.a.O., S.331, der die Spezialität nochmals auf der Rechtsfolge darstellt.

eines Grundrechts, sondern auch auf den persönlichen<sup>519</sup> Geltungsbereich. Sie wäre damit auch durch zwei konzentrische Kreise darstellbar: Der vom Umfang größere Kreis enthielte die Handlungsfreiheit aller Menschen im Geltungsbereich des Grundgesetzes und der kleinere Kreis die Berufsfreiheit der Deutschen. Der kleinere Kreis könnte zweigeteilt sein: Ein Halbkreis (dunkel) umfaßt den *persönlichen Geltungsbereich* des Spezialgrundrechts und der andere *die Sperrwirkung*, die das Grundrecht durch seine Tatbestandsfassung im Verhältnis zur lex generalis (Art. 2 Abs. 1 GG) beansprucht. Weil der kleinere Kreis lex specialis wäre, existierte eine – wie in Art. 12 GG geschützte – Berufsfreiheit von Ausländern nicht. Diese Rechtsfolge entspricht der der Spezialität zugrundeliegenden Annahme eines pars pro toto. Je extensiver und damit vermeintlich liberaler das Spezialgrundrecht interpretiert wird, desto umfangreicher ist seine Sperrwirkung für Ausländer<sup>520</sup> (der helle Halbkreis wächst mit). Die Auswirkungen der Spezialität des persönlichen Geltungsbereichs eines Grundrechts auf den Umfang des sachlichen Geltungsbereichs der lex generalis sind zu ermitteln:

(1) *Extensives Spezialitätsverständnis*. Ein extensives Spezialitätsverständnis könnte *jegliche* Berufsfreiheit von Ausländern ausschließen. Diese Auffassung stünde im Widerspruch zu anderen Verfassungsbestimmungen, nämlich der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Gleichheitsgrundsatz, der eine Diskriminierung wegen Heimat und Herkunft (Art. 3 Abs. 3 GG) verbietet.<sup>521</sup> Beide Bestimmungen schützen zumindest einen Kerngehalt der Berufsfreiheit gegen willkürliche Eingriffe.

(2) *Restriktives Spezialitätsverständnis*. Bei einer „ausländerfreundlicheren“ und engeren Interpretation der (Sperrwirkung) der Spezialgrundrechte wäre zu prüfen, ob nicht

„ohne sachlichen Differenzierungsgrund *ein* Sachbereich vom Deutschenrecht abgetrennt und über Art. 2 Abs. 1 GG dem Grundrechtsschutz auch zugunsten von Ausländern unterstellt wird“.<sup>522</sup>

---

519 J.Schwabe, a.a.O., S. 334, der eine Spezialität auf der Rechtsfolgenseite annimmt aber auch den hier dargestellten Aufbau für möglich hält. Wenn das Verhältnis von Deutschen zu Jederrechten als Spezialität auf der Rechtsfolgenseite qualifiziert wird, dann wird die Beschränkung auf Deutsche zur Grundrechtsschranke (S. 334, Fn.2).

520 J.Schwabe, a.a.O., S. 344.

521 Statt vieler W.Rüfner, Grundrechtsträger, § 116, Rn.9,f. in: Handbuch des Staatsrechts, 5.Band, 1992.; A.Bleckmann, Staatsrecht II, Die Grundrechte, S.128 ff, 131; P.Ruppel, Der Grundrechtsschutz der Ausländer im deutschen Verfassungsrecht, Würzburger Univ.Diss., 1968, S. 196, 198 ff. Dort wird ferner auf Schranken aus Art.2 Abs.2 GG verwiesen (S.201), weil der völlige Ausschluß des Schutzes der Erwerbstätigkeit zum Entzug der Existenzgrundlage und damit zu Gesundheits- und Lebensbedrohung führe. Diese Argumentation überzeugt nicht, weil die Kausalität – Sozialhilfe – nicht dargetan ist und zudem jede Ausweisung in einen von Arbeitslosigkeit geprägten Herkunftsstaat zu solchen Gefährdungslagen führt.

522 J. Schwabe, a.a.O., 1977, S. 347 f unter Hinweis auf die verfassungsrechtliche Verankerung der Wirtschaftsbeteiligung.

Der Geltungsanspruch des Deutschenrechts könne gerade beim Schutz der „Wirtschafts**betätigung**“ dazu führen, daß den Ausländern ein geringerer Schutz zustände. Der Schwerpunkt dieser Argumentation ist eher auf dem Gebiet der beruflichen und wirtschaftlichen Betätigung als der kommerziellen Sprache zu sehen, die bei der in Art.2 Abs.1 GG mitgeschützten Wettbewerbsfreiheit<sup>523</sup> zumindest in Rudimenten mitgeschützt ist: Ein Inländervorteil könnte nicht durch ein unterschiedliches, einfachgesetzliches Werberegime für *marktteilnahmeberechtigte*<sup>524</sup> *ausländische* und *inländische Mitbewerber* verwirklicht werden, sofern hier nicht

„Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen“<sup>525</sup>

und damit ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 3 GG) *nicht* vorliegt.<sup>526</sup>

- (3) **BVerfG-Rechtsprechung.** Die Rechtsprechung des BVerfG schützt die Berufsfreiheit von Ausländern im Kernbereich durch Art. 2 Abs.1 GG<sup>527</sup>. Einordnen läßt sich diese Rechtsprechung durch die *Verneinung einer tatbestandlichen Spezialität von Art.12 GG zu Art.2 GG* (sonst wäre der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG für die Berufsfreiheit ausgeschlossen) hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs und die Annahme einer Idealkonkurrenz auf der Rechtsfolgenseite. Nur für Deutsche soll die *Schranke* aus Art.12 Abs.1 S.2 GG lex specialis zu Art.2 Abs.1 GG sein.<sup>528</sup>

- b) *Meinungsfreiheitlicher Schutz für die Werbung als Durchbrechung der Spezialität des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 12 GG*

Die systematische Brisanz des meinungsfreiheitlichen Werbungsschutzes wird hier deutlich: Die Unterscheidung zwischen der Werbefreiheit von Deutschen und

---

523 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.190 unter Hinweis auf BVerwGE 30, 191, 198; Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs.1 GG Rn. 48 ff.

524 Aus der Sicht des Art. 12 GG kann es für Produkte oder Unternehmen, die in Deutschland nicht hergestellt, vertrieben werden oder tätig sein dürfen, kein Recht auf Werbung geben. Siehe etwa die Werbung für in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel.

525 BVerfGE 55, 72, 88; 85, 238, 244.

526 Siehe später zu § 13 HWG unter ...

527 BVerfGE 78, 179, 196, f. rekuriert auf Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 20 Abs.3 GG. Siehe auch die Darstellung bei K.Drathen, Deutschenrechte im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Bonner Univ.Diss, 1994, S.3 – 14.

528 M.Sachs, Ausländergrundrechte im Schutzbereich von Deutschengrundrechten, BayVBl. 1990, 385, 388 f. unterscheidet den Grundrechtsschutz für Ausländer durch das Auffanggrundrecht Art.2 Abs.1 GG und durch das Spezialgrundrecht in Art. 12 Abs.1 GG im Rechtsfolgenbereich: Wenn die zu prüfende Norm aus beliebigen formellen oder materiellen Gründen nicht zur "verfassungsmäßigen Ordnung" gehöre, dann sei Art.2 Abs.1 GG verletzt. Sei dies nicht der Fall, dann bleibe die besondere Wertigkeit der Berufsausübung, die im Rahmen von Art.12 GG bei Deutschen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen sei, außer Betracht. Problematisch an diesem Differenzierungsversuch ist die Trennung von formeller und materieller Rechtmäßigkeit einer Norm und der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Ausländern durch Art.12 und 2 Abs.1 GG wird *obsolet*, weil ausländische Werbungstreibende *sich auf die Meinungsfreiheit* berufen können. Auf die Prüfung der Spezialität des persönlichen Geltungsbereichs käme es,<sup>529</sup> soweit der Ausländer in Deutschland lebt<sup>530</sup>, nicht mehr an.

Darüber hinaus könnte die Einschlägigkeit von Art. 12 Abs.1 GG für Deutsche grundrechtsdogmatisch in einen Nachteil umschlagen: Bei den deutschen Werbungstreibenden könnte aufgrund des geringeren oder anderen betätigungsfreiheitlichen, effektiven Garantiebereichs eine Konkurrenzlage von Art. 12 und 5 GG entstehen<sup>531</sup>, *die aufgrund der Spezialität der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) bei Ausländern nicht entstehen kann*. Das kann theoretisch dazu führen, daß ausländische Werbungstreibende den effektiven Garantiebereich der Meinungsfreiheit geltend machen können; *Inländer, dagegen auch oder vor allen den Schranken der Berufsausübung unterworfen sind*.

Diese konstruktiven Folgen des meinungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung haben in der jüngeren Diskussion über den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung nahezu keine Rolle gespielt. Es geht nicht darum, Ausländer mit ihrer Werbung vom Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung auszuschließen. Es geht darum, einen wirtschaftspolitischen Spielraum, den das Grundgesetz eröffnet, als solchen zu erkennen – und zwar sowohl für die Behandlung von In- wie von Ausländern. Wer diesen Spielraum via werblicher Meinungsfreiheit, von der zunächst die Ausländer unmittelbar profitieren – weil unstrittig Art. 5 GG mehr Effektivität der Garantie verspricht als Art. 2 Abs. 1 GG – verengen will, soll das mit Argumenten tun.

Dieser Befund gilt zunächst für *natürliche ausländische Personen*. Bei den juristischen ausländischen Personen führt der meinungsfreiheitliche Schutz der Werbung zu einer noch weitergehenden Veränderung der bisherigen Rechtslage (dazu siehe unter 3 d).

Von der konkurrenzdurchbrechenden Bedeutung des meinungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung ist die Beurteilung einer besonderen Gruppe von Ausländern, nämlich der Unionsbürger, zu unterscheiden. Hier stellt sich, diesseits des meinungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung die Aufgabe und/oder Pflicht der gemeinschaftsrechtlichen Interpretation der Verfassung. *Verpflichtet das Gemeinschaftsrecht Deutschen- als Jedermannsrechte zu interpretieren?*

---

529 F.Drettmann, a.a.O.,1984, S.193.

530 F.Drettmann, a.a.O.,1984, S.192; ein im Ausland wohnender Ausländer soll demgegenüber keinen Anspruch auf Durchführung von Werbemaßnahmen in Deutschland haben; siehe aber die Ausführungen zum Schutzanspruch im 6.Kapitel III 7 g bb).

531 Soweit man der oben abgelehnten Meinung folgen würde und eine abstrakte Konkurrenz (siehe unter 2 a) annähme. Es handelte sich um eine Form der Inländerdiskriminierung, die sowohl vom Völker- als auch vom Gemeinschaftsrecht toleriert wird (Dazu siehe im 6.Kapitel I 4).

Der zu prüfende *Fall* ist eindeutig, nämlich ein *weder formell noch (zunächst) materiell diskriminierendes, deutsches Werbebeschränkungsrecht* (auch wenn es auf gemeinschaftsrechtlichen Quellen beruht, etwa wenn Umsetzungsspielräume bestehen), das ein Deutscher unter Berufung auf Art. 12 GG erfolgreich, nicht aber ein EU-Ausländer unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG gleichermaßen erfolgreich angreifen kann.

c) *Keine Konkurrenzlage zwischen Art. 2 und 12 GG bei Unionsbürgern, die natürliche Personen sind (Art. 6 EGV)?*

Die Konkurrenzlage zwischen Jeder- und Deutschenrecht (Art. 2 und 12 GG) besteht dann für Ausländer aus EU-Staaten (Unionsbürger, vgl. Art. 8 EGV (Art. 17 EGV nach dem Vertrag von Amsterdam) nicht, wenn die im EGV enthaltenen Beschränkung und Diskriminierungsverbote<sup>532</sup> sich auf die in mitgliedstaatlichen Verfassungen eingeräumten Grundrechte erstrecken. Als spezielle Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbote<sup>533</sup> kommen etwa die Freiheiten des Warenverkehrs, der Niederlassung und der Dienstleistung in Betracht (Art. 30, 59 Abs.1 60, 52 EGV). Subsidiär<sup>534</sup> bleibt der Rückgriff auf Art.6 Abs.1 EGV,<sup>535</sup> das allgemeine Diskriminierungsverbot (etwa Art. 48 Abs. 2, 65, 119 EGV). Die grundsätzliche Problematik der „*Anreicherung der Grundrechte von Ausländern auf das effektive Garantieniveau der Deutschenrechte*“ ist speziellen wie allgemeinem Diskriminierungs- und Beschränkungsverböten gemein. Die Darstellung konzentriert<sup>537</sup> sich deshalb auf den unmittelbar anwendbaren<sup>538</sup> Art.6 Abs.1 EGV und die Frage, ob er zur Gewährung von werberechtlichen Grundrechtsschutz aus Art. 12 Abs.1 GG an EU-Ausländer verpflichtet. Eine explizite EuGH-Rechtsprechung, die zur Interpretation des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts erging, ist nicht ersichtlich.

---

532 Wobei spezielle Diskriminierungsverböte dem Rekurs auf Art. 6 EGV entgegenstehen.

533 Bei der Niederlassungsfreiheit ist die Funktion des Beschränkungsverböts umstritten; dazu siehe 6.Kapitel III.

534 Darüber hinaus soll Art. 6 auch speziell zu Beschränkungsverböten wie beispielsweise Art. 59 Abs.1 EGV sein; A.Bleckmann, Art. 7 Rn.31 in H.v.Groeben u.a., Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997. A.v.Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 7 Rn.57 f.

535 Wobei zu der Beschränkung immer auch eine Diskriminierung kommen muß, um das Spezialitätsverhältnis zu rechtfertigen, A.v.Bogdandy a.a.O., Art. 7 Rn.57. Der entscheidende Unterschied von Diskriminierungs- zu Beschränkungsverböten ist die Beantwortung der Frage, ob Diskriminierungsverböte Willkürverböte sind oder ob sie jeglicher unterschiedlichen Behandlung, wie die Beschränkungsverböte, entgegenstehen.

536 Art. 6 EGV (Art. 16 EGV nach dem Vertrag von Amsterdam) lautet: "Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten."

537 Angesichts der rechtsprägenden Funktion der EuGH-Rechtsprechung erscheint eine Darstellung im Rahmen von Art. 6 EGV sinnvoller als die zum augenblicklichen Stand der Rechtsentwicklung eher prognostische Zuordnung des Verfassungsbeschwerderechts zur Dassonville-Keck-Art.36EGV-Cassis Rechtsprechung bei Art. 30, 59,60 EGV. Diese mit dem Spezialitätsprinzip nicht ohne weiters zu vereinbarende Darstellung erscheint für diese Untersuchung durch das im Ergebnis zu konstatierende Fehlen der diskriminierenden Wirkung bei Nichtanwendung von Art. 12 GG gerechtfertigt.

538 K.Drathen, Deutschenrechte im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 1994, S.150.

aa) Anwendungsbereich des Vertrags

(1) *Deutsches Werbe(beschränkungs)recht im „Anwendungsbereich des Vertrages“*. Fraglich ist zunächst, ob mitgliedstaatliches Werbebeschränkungsrecht in den *sachlichen Anwendungsbereich* des Vertrages fällt. Es soll sich hier um die

„Gesamtheit der von den Bestimmungen des Vertrages erfaßten Sachverhalte“<sup>539</sup>

handeln, wobei auf die gemeinschaftlichen Kompetenzen abzustellen sei, und zwar unabhängig davon, ob sie wahrgenommen werden oder nicht.<sup>540</sup> Die Gemeinschaft hat für das Werberecht Kompetenzen (Art. 43, 100, 100 a EGV), Werbung hat Bedeutung für den Gemeinsamen und den Binnenmarkt und selbst unter der Geltung der „Keck-Hünermund“-Formel ist eindeutig, daß Werbung vielleicht nicht immer („Bestimmte Verkaufsmodalität“) in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit, jedenfalls aber in den Anwendungsbereich des EGV (dazu siehe im 6.Kapitel III 1-6) fällt.<sup>541</sup>

(2) *Mitgliedstaatliche Grundrechte im „Anwendungsbereich des Vertrags.“* Dieser *Anwendungsbereich* müßte sich auch auf die Grundrechte in den mitgliedstaatlichen Verfassungen erstrecken. Hier wird eine Bandbreite von Meinungen vertreten:

(a) *Meinungen, die eine Einbeziehung der Grundrechte bejahen.*

- Teilweise wird das grundsätzlich bejaht.<sup>542</sup> Art. 12 GG ist deshalb für Unionsbürger als „Jederrecht“ zu lesen.
- Teilweise wird differenziert, daß EU-Ausländer den Deutschen materiell-rechtlich – also vor den Fachgerichten – gleichgestellt seien. Dieses *gemeinschaftsrechtlich*, nicht aus deutscher Rechtsquelle vermittelte Recht, sei aber kein Grundrecht im Sinne des Grundgesetzes und ver-

---

539 A.v.Bogdandy, a.a.O., Art.6 Rn.37,f.

540 Dagegen K.Drathen, a.a.O., 1994, S.155, der zusätzlich auf den tatsächlich erreichten Stand der Integration abstellen will.

541 EuGH Urt.v.13.3.1993 Rs. C 93/92 CMC Motorradcenter GmbH/P.Baskiciogullari Slg. 1993, I-5009 Tz. 12, wo eine Aufklärungspflicht als zu mittelbar angesehen wird, als daß sie den Anwendungsbereich des Art. 30 EGV eröffne. Ähnlich könnte man argumentieren, daß die Möglichkeit der Geltendmachung mitgliedstaatlicher Grundrechte (mit der Verfassungsbeschwerde) keine Maßnahme gleicher Wirkung sei, weil sie von der Exportentscheidung zu weit entfernt sei. Dagegen spricht aber der *formell-diskriminierende Charakter* der Vorenthaltung gleichen Grundrechtsschutzes für In- und Ausländer – der in der oben genannten Entscheidung gerade nicht gegeben war.

542 Unproblematisch vorausgesetzt von H.Quaritsch, in: Handbuch des Staatsrechts, Band 5, § 120 Rn.125. A.v.Bogdandy, a.a.O., Art. 6 Rn.51 unter Verweis auf Th.Giegerich, Die Verfassungsbeschwerde an der Schnittstelle von deutschem, internationalen und supranationalem Recht, in: Ch.Grabenwarter, St.Hammer, A.Pelzl, E.Schulev-Steindl, E.Wiederin, Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, S.101, 124 ff. Bejaht für Art. 12 GG von R.Breuer, in: Handbuch des Staatsrechts VI § 147 Rn.21.

möge deshalb nicht die Verfassungsbeschwerde nach deutschem Recht zu eröffnen.<sup>543</sup>

- Teilweise wurde auf die unmittelbare Rechtsquelle abgestellt, durch die die EU-Ausländer deutschen Bürgern gleichgestellt werden – es handelt sich um Bundesrecht (Art.59 Abs.2 GG), das nur die Gleichstellung bis zu dieser Ebene, ohne Verfassungsänderung aber nicht eine Gleichstellung auf verfassungsrechtlicher Ebene bewirken könne.<sup>544</sup> Soweit Art.2 Abs.1 GG als Auffanggrundrecht reiche, soweit eröffne er auch für EU-Ausländer die Verfassungsbeschwerde. Im Rahmen der *Begründetheit* der Verfassungsbeschwerde stelle das BVerfG die Reichweite des Art.2 Abs.1 GG unter Berücksichtigung der (zustimmungs-) und einfachgesetzlichen Verpflichtung zur Gleichbehandlung fest.<sup>545</sup>

Grundsätzlich läßt sich die Ableitung einer Klagebefugnis aus Art. 2 Abs.1 GG und einer verfassungsgerichtlichen Begründetheitsprüfung anhand von Art. 2 Abs.1 GG in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz (Art. 59 Abs. 2 GG) in Verbindung mit den Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten des EGV als konstruktive Überhöhung kritisieren. Art. 6 EGV gewährt in seinem Anwendungsbereich einen Gleichbehandlungsanspruch – der auch nach der Rechtsprechung des BVerfG den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts (siehe im 6.Kapitel II) teilt. Damit wird entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht nicht infolge der Normenhierarchie nichtig<sup>546</sup>, sondern wegen Art 6 EGV auch auf EG-Ausländer erstreckt, so daß – wenn der Anwendungsbereich des Art. 6 EGV eröffnet ist und eine Diskriminierung vorliegt – eine Klage- und Verfassungsbeschwerdebefugnis gegeben sein müßte, die materiell – nicht nominell – dem effektiven Garantiebereich des Art. 12 GG entspricht. Das Gemeinschaftsrecht kümmert sich nach hier vertretener Ansicht nicht um in ihren Wirkungen neutrale Diskriminierungen, die sich also nur auf die Benennung des Grundrechts beziehen.<sup>547</sup> Es ist indes nicht ausgeschlossen, daß bereits die Einschlägig-

---

543 H.P.Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, § 34 II Nr.7 für Art.48 EGV; einen Überblick bietet auch A.Randelzhofer, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 48 Rn. 36 a. Als Ergänzung könnte aber die prozessuale Zulassung der Geltendmachung von Gemeinschaftsrechten vor dem Bundesverfassungsgericht gesehen werden; dazu differenzierend W.Frenz, Die Verfassungsbeschwerde als Verfahren zur Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich verliehener Rechte, DÖV 1995, 414, 418 für die Normenkontrolle.

544 W.Rüfner, in: Handbuch des Staatsrechts, Band 5, § 116 Rn.12.

545 Dieser ältere Ansatz ist seit dem Vertrag von Maastricht in Frage gestellt worden. Das Grundgesetz erfuhr eine Verfassungsänderung, die zusammen mit einer europäischen Staatszielbestimmung (Art. 23 Abs.1 S.2 GG) auch die Abänderung des Grundgesetzes durch europäisches Recht mit verfassungsändernder Mehrheit erlaubt (Art. 23 Abs.1 S.3 l. Alt. GG). Das allgemeine Diskriminierungsverbot war zwar bereits vorher im EG-Vertrag verankert, durch den Vertrag von Maastricht wurde jedoch die "Hausnummer" geändert (Art. G EUV) und damit die Norm in den Willen des verfassungsändernden Gesetzgeber "aufgenommen". Das könnte für eine verfassungsrechtliche Erneuerung von Art. 12 Abs.1 GG gelten, da für europarechtliche Änderungen des Grundgesetzes das Wortlautgebot des Art.79 Abs.1 S.1 GG nicht gilt – Art. 23 Abs.1 S.3 GG verweist auf ihn gerade nicht. Diese Betrachtungsweise würde es aber vom "Zufall" abhängig machen, ob einzelne Normen des europäischen Primärrechts im Rahmen verfassungsändernder Mehrheiten bestätigt oder geändert werden.

546 Anderer Meinung noch E.Grabitz, Europäisches Bürgerrecht, 1970, S.100.

547 Für das allgemeine Diskriminierungsverbot gilt indes, daß eine neutrale Diskriminierung, die nicht zu einer "spürbaren" Schlechterstellung führt, nicht von Art.6 EGV erfaßt wird..

keit des Art. 12 GG für die Annahme der Verfassungsbeschwerde relevant wird. Insoweit vermag eine Berücksichtigung *erst* bei der Begründetheit nicht zu genügen.

- Eine vermittelnde, jüngere Meinung verlangt denn auch eine Anreicherung des Schutzes von Art. 2 Abs. 1 GG auf die effektive Niveauhöhe von Art. 12 GG. Die Ergebnisrelevanz zwischen der Eröffnung von Art. 12 GG für Unionsbürger oder der expliziten Anreicherung von Art. 2 Abs. 1 GG bleibt offen.<sup>548</sup>

**(b) Meinungen, die eine Einbeziehung der Grundrechte ablehnen.**

- Ein Argument gegen die Erstreckung des Art. 6 EGV auf die Grundrechte soll die je nach Mitgliedstaat unterschiedliche und deshalb aus Sicht des EGV *zufällige* verfassungsrechtliche Verbürgung von vertragsrelevanten Grundrechten sein.<sup>549</sup> Genetische Auslegungsargumente sind beim EGV nicht belegbar, weil die Vertragsverhandlungen nicht veröffentlicht wurden. Teleologisch (Art.31 Abs.1 Wiener Vertragskonvention) liegt nahe, daß dem gemeinschaftsrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung mit den Inländern die Unterschiedlichkeit der Inländerbehandlung in einzelnen Mitgliedstaaten nicht entgegensteht.
- Ein weiteres Argument gegen die Erstreckung des Diskriminierungsverbotes auf Bürgerrechte ist, daß „die Ungleichheit nicht eine Ungleichheit *im* Recht, sondern nur Reflex ausschließlicher rechtlicher Begünstigung des Staatsbürgers ist.“<sup>550</sup> Deshalb könnte der EU-Angehörige allenfalls die Gemeinschaftswidrigkeit von Art. 12 GG rügen; nicht aber die Erstreckung des Schutzes auf sich erzielen.
- Nach hier vertretener Ansicht könnte gegen die gemeinschaftsrechtliche Beeinflussung von Grundrechten, die in den mitgliedstaatlichen Verfassungen gewährleistet sind, die grundsätzliche Unabhängigkeit gemeinschaftsrechtlicher und mitgliedstaatlicher Rechtsordnung sprechen. Genausowenig wie das Gemeinschaftsrecht die Inländerdiskriminierung erfaßt,

auch hier könnte man argumentieren, daß eine „Diskriminierung“ im „Anwendungsbereich des Vertrages“ vorliegt (siehe im 6.Kapitel I 4 b).

genausowenig fällt es in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, daß ein Grundrechtsstandard gesichert wird, der *über* dem gemeinschaftsrechtlichen Standard selbst liegt.

Soweit der gemeinschaftsrechtliche Standard unterschritten ist, kann bei einer *Beeinträchtigung der Grundfreiheiten auch die Verletzung der Gemeinschaftsgrundrechte* vor dem mitgliedstaatlichen Gerichten

---

Differenzierend zwischen speziellen und allgemeinen Diskriminierungsverboten A.v.Bogdandy, a.a.O., Art.6 Rn. 8,f und auch zur weiteren Frage, ob Art.6 EGV bei der unmittelbaren Diskriminierung – wie hier vorliegend – ein absolutes oder relatives, also rechtfertigungsfähiges Verbot handelt (a.a.O. Rn.22) sowie K.Drathen, Deutschenrechte im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 1994, S. 153 wonach es sich zumindest um ein Willkürverbot handeln soll.

548 H.Baur/W.Kahl, Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten? JZ 1995, 1077, 1085.

549 H.Bethge, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach dem Grundgesetz, 1985, S.57,f.

550 E.Grabitz, Europäisches Bürgerrecht, 1970, S.101.

geltend gemacht und die Rechtssache dem EuGH vorgelegt werden (Art. 177 EGV; allgemein 6.Kapitel II).<sup>551</sup>

Es ist schwer begründbar, weshalb das Gemeinschaftsrecht *darüber hinaus* auf *die* Grundrechte, die in mitgliedstaatlichen Verfassungen enthalten sind, die aber gerade nicht zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unions- und Gemeinschaftsrechts geworden sind (Umkehrschluß aus Art. F Abs. 2 EUV; Art. 6 EUV nach dem Vertrag von Amsterdam), für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts angewiesen sein sollte und insoweit „seinen Anwendungsbereich“ erstrecken soll. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dergestalt, daß EU-Ausländer die gleichen mitgliedstaatlichen Grundrechte wie Inländer haben, führt zu einem schwer überschaubaren compositum mixtum an gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten und Grundrechten, die sich dann mitgliedstaatsabhängig aus Gemeinschaftsgrundrechten „+ X“ zusammensetzen. Diese Summenratio widerspricht der grundsätzlich uniformen Betrachtung des Gemeinschaftsrechts, das darauf abstellt, ob aus seiner Perspektive eine bestimmte mitgliedstaatliche Regelung zulässig ist – und zwar in jedem Mitgliedstaat. *Danach würden EU-Ausländer, soweit das deutsche Werbebeschränkungsrecht und Art. 2 Abs. 1 GG den grundfreiheitlichen und gemeinschaftsgrundrechtlichen Standards genügt, wie andere Ausländer beurteilt werden.* Gegen diese Ansicht könnte dann wieder das grammatische Argument erhoben werden: daß nämlich *jede Diskriminierung* unzulässig ist.

bb) Diskriminierung

- (1) Eine Schlechterstellung liegt vor, solange und wenn EU-Ausländer unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG schlechtere Chancen haben als sie es unter Berufung auf Art. 12 GG hätten.
- (2) *Wenn* man dem Modell einer „*abstrakten Grundrechtskonkurrenz*“ oder eines „*Wirkungsverbundes*“ (siehe unten unter 5 c) folgt, dann könnte es durch die Einbeziehung von Art. 12 GG neben Art. 5 GG in die Konkurrenzlage im Vergleich zu den Inländern an einer *Diskriminierung* fehlen. Bei den EU-Ausländern träte Art. 2 Abs. 1 gegenüber Art. 5 Abs. 1 GG zurück. Die EG-Ausländer würden zwar den Inländern nicht gleichbehandelt, ihr potentieller Schutz nach Art. 5 GG ist aber abstrakt „stärker“ als die Konkurrenzlage der Inländer, die Berufs- *und* Meinungsfreiheit beinhaltet. Es handelt sich dann zwar um eine Ungleichbehandlung aus Gründen der *Staatsangehörigkeit*, die aber voraussichtlich nicht zur Schlechterstellung führt. Für das allgemeine Diskriminierungsverbot gilt, daß eine „*neutrale Diskriminierung*“,

---

551 Soweit und solange diese Vorlageverpflichtungen erfüllt werden, sichert das Gemeinschaftsrecht die Durchsetzung des grundfreiheitlich-gemeinschaftsgrundrechtlichen Standards durch den EuGH in Zusammenarbeit mit den mitgliedstaatlichen Gerichten.

die nicht zu einer „spürbaren“ Schlechterstellung führt, nicht von Art. 6 EGV erfaßt wird.<sup>552</sup>

cc) Zusammenfassung

- Wer eine gemeinschaftsrechtliche Anreicherung des deutschen Grundrechtsstandards von EU-Ausländern bejaht, kann Art. 12 GG auch den Unionsbürgern eröffnen.
- Wer eine solche gemeinschaftsrechtliche Anreicherung **ablehnt und** eine Konkurrenzlage von Art. 12 GG und 5 GG für Deutsche bejaht, der kommt zur Privilegierung der EU-Ausländer.
- Eine exklusiver, meinungsfreiheitlicher Schutz der Werbung – wie ihn etwa der BGH<sup>553</sup> vertritt – hat den Vorteil, daß die obigen dogmatischen Erörterungen überflüssig werden. Jede Werbung jedes Kommunikators im Anwendungsbereich des Grundgesetzes hat dann gleichen Schutz. **Die Differenzierungen nach ausländischen, inländischen und EU-ausländischen Werbungen wird so obsolet.** Festzuhalten ist aber auch, daß die Frage nach diesen unterschiedlichen Konkurrenzlagen den grundrechtlichen Schutz der übrigen Elemente des Marketing-Mix weiter bestimmen. **Wenn sich (EU-)Ausländer etwa gegen kontrahierungs- und distributionspolitische Maßnahmen wenden, dann stellt sich wieder die Frage der Eröffnung des „Deutschenrechts“ des Art. 12 GG.**

d) *Keine Konkurrenzlage zwischen Art. 2 und 12 GG bei juristischen Personen „aus“ dem (EU)-Ausland ?*

aa) Kein materieller Grundrechtsschutz für ausländische juristische Personen

Grundsätzlich können inländische juristische Personen Grundrechtsträger sowohl der Berufsfreiheit als auch der Meinungsfreiheit sein (Art. 19 Abs.3 GG).<sup>554</sup> Es handelt sich in der Praxis um die **wichtigste Frage**, weil juristische, und nicht natürliche Personen, Spitzenreiter bei den Werbeausgaben sind (siehe die Übersichten im 2.Kapitel) und natürlich auch juristische Personen **die** wirtschaftlich bedeutenden und inspirierenden Teilnehmer des Binnenmarktes sind. Art. 19 Abs. 3 GG spricht nur **von inländischen juristischen Personen**, so daß bei ausländischen juristischen Personen entweder eine Analogie oder der Umkehrschluß möglich ist. Die **Analogie**, die ausländische juristische Personen wie inländische

---

552 siehe oben unter aa).

553 Etwa in Fall I NJW 1995, 2489 f.

554 K.A.Nagel, Werbeverbote, 1992, S. 51 ff. W.Rüfner, Zur Bedeutung und Tragweite des Artikels 19 Abs.3 des Grundgesetzes, AÖR 89, 261, 291 ff, der die Meinungs-, Presse- Informations- und Rundfunkfreiheit bejaht; bei bestimmten juristischen Personen (Genossenschaft) nimmt er die Möglichkeit einer gesetzlichen Verengung der Meinungsfreiheit auf deren gesetzlichen Aufgabenbereich an – die aber nicht zum Ausschluß von der Teilnahme am Meinungsmarkt führen darf (S. 292).

behandeln würde, wird nach der überwiegenden Meinung<sup>555</sup> abgelehnt. Ausländischen juristischen Personen wird deshalb der Grundrechtsschutz wegen der Notwendigkeit eines „fremdenrechtlicher Aktionsspielraums“<sup>556</sup> grundsätzlich *versagt, soweit er über die auch aus dem Rechtsstaatsprinzip zu fordernden „Justizgrundrechte“ hinausgeht.*

Nur bei Wahrung der Gegenseitigkeit soll die Grundrechtsberechtigung der ausländischen juristischen Personen gegeben sein, was die Kritik einer Interpretation der Verfassung nach dem Gesetz herausgefordert hat.<sup>557</sup>

*Die grundsätzliche Verweigerung „materieller“ Grundrechtsgeltung ist zwar vor allem in Hinblick auf Art. 14 GG angegriffen worden<sup>558</sup>, gerade bei Art. 12 GG<sup>559</sup> wird aber der wirtschaftslenkende Gestaltungsspielraum des Staates hinsichtlich deutscher Unternehmen und Arbeitnehmer als Ausprägung staatlicher Souveränität – und als Verhandlungsmasse für völkerrechtliche Verträge – gerechtfertigt.<sup>560</sup>*

bb) Wann ist eine juristische Personen ausländisch

Grundsätzlich stellt sich die Frage, was eine juristische Person zu einer *ausländischen* juristischen Person macht. Das Verfassungsrecht enthält keine Definition, weshalb auf „einfaches“ Gesetzesrecht zurückgegriffen wird – ohne Verfassung nach dem Gesetz interpretieren zu wollen.

- Grundsätzlich soll wie im Internationalen Privatrecht<sup>561</sup>, der *Sitz*, und zwar nicht der satzungsmäßig eingetragene, sondern das „*selbstgewählte Aktions-*

---

555 BVerfGE 21 362, 373; 18 441, 447; 12, 6, 8 wollen ausländischen juristischen Personen die Verfassungsbeschwerde nur mit der Rüge von grundrechtsähnlichen, prozessualen Rechten und deren Verletzung eröffnen.

556 H.Bethge, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach dem Grundgesetz, 1985, S. 47ff; A.v.Mutius, Bonner Kommentar, Art.19 Abs.3, Rn.49 ff (50); K.Stern, Staatsrecht III/1, § 71 VI 2; anderer Meinung H.Ritter, Der Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen, NJW 1964, 279, 281, der die Grundrechtsberechtigung ausländischer juristischer Personen von Art. 19 Abs.3 GG *nicht umfasst sieht* – entgegen der Ergebnisse der historischen Auslegung – und deshalb eine *Lücke bejaht, die durch Analogie gefüllt werden könne*. Diese Analogie wird durch einen Gesetzesvorbehalt ergänzt; dagegen H.Bethge, a.a.O., S.46.

557 H.Bethge, a.a.O., 1985, S. 46 .

558 Ch.Degenhart, Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen bei wirtschaftlicher Betätigung im Inland – dargestellt am Beispiel der Eigentumsgarantie- EuGRZ 1981, 161, 163, 168.

559 W.W.Schmidt, Grundrechte und Nationalität juristischer Personen, 1966, S.170,f rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung einzelner Ausländer und ausländischer juristischer Personen mit der größeren Macht dieser Unternehmen im Vergleich zu einzelnen Ausländern.

560 H.Quaritsch, in: Handbuch des Staatsrechts, 5.Band, 1995, § 120 Rn.121, 126, 127.

561 Nach der *Gründungstheorie*, die für einige europäische Staaten Anknüpfungspunkt im internationalen Privatrecht ist, findet *das* Recht Anwendung, nach dem die Gesellschaft entsprechend dem Willen der Gründer errichtet wurde. Dieser Ansatz ist für die Zuteilung der (tätigkeitsbezogenen) Grundrechte untauglich. Die Divergenz von einfachgesetzlicher Betrachtungsweise und verfassungsrechtlicher Bestimmung der ausländischen juristischen Person wird ergebnisrelevant, wenn die Sitztheorie gemeinschaftsrechtlich wegen ihrer fehlenden Mobilitätsadäquanz aufgegeben werden sollte; dafür M.Schumann, Die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit dem europäischen Recht, EuZW 1994, 269, 275.

*zentrum*“ maßgebend sein.<sup>562</sup> *Gegen* die Sitztheorie spricht, daß ein nur von Deutschen beherrschtes Unternehmen mit Aktionszentrum im Ausland danach nicht unter Art. 19 Abs.3 GG fällt. Deshalb sollen nach einer Literaturmeinung *ergänzend* auch Aspekte der *Kontrolltheorie* – welcher Nationalität gehören diejenigen Personen an, die die juristische Person kontrollieren – *im Einzelfall* maßgeblich sein.<sup>563</sup>

- Demgegenüber stellt eine andere Meinung auf denn *Verwaltungsmittelpunkt* ab.<sup>564</sup>

Relevant können diese Nuancen beim Versandhandel<sup>565</sup> oder bei Konzernunternehmen<sup>566</sup> werden.

Wenn man der Sitztheorie<sup>567</sup> *grundsätzlich* folgt, sind juristische Personen nur dann „(EU-)ausländisch“, wenn sie *Werbung in Deutschland* betreiben, hier aber *nicht ihr Aktionszentrum* haben. *Diese weite Auslegung der inländischen juristischen Person verringert die Anzahl der im räumlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes existierenden „ausländischen“ juristischen Personen und mag mitursächlich für die in der Rechtsprechung und Literatur bisher nur konturenhafte Erfassung der ausländischen juristischen Person sein.*<sup>568</sup>

---

562 K.M.Meesen, Ausländische juristische Personen als Träger von Grundrechten, JZ 1970, 602,604; A.v.Mutius, Bonner Kommentar, 34.Lfg, 1975, Art. 19 Abs.3 Rn.53 ff "selbst gewähltes Aktionszentrum" statischer G.Dürig, in: Maunz/Dürig, § 19 III Rn. 31 und W.W.Schmidt, Grundrechte und Nationalität juristischer Personen, 1966, S.92,f., die auf den "Verwaltungsmittelpunkt" abstellen. BVerfGE 21, 207, 209, BVerfGE 23, 229, 236 stellen auf den eingetragenen Sitz ab.

563 K.Stern, Staatsrecht III/1 § 71 VI 3 – 7, unter 4 d wird der Fall einer im Ausland tätigen juristischen Person, die aber nur von Deutschen beherrscht wird, als Argument für die Kontrolltheorie erwähnt. Vergleiche auch W.W.Schmidt, Grundrechte und Nationalität juristischer Personen, 1966, S.163 ff, 165,f, der auch bei inländischen juristischen Personen mit ausländischen Mitgliedern im Bereich der Deutschenrechte eine Sonderbehandlung zumindest im Gesetzgebungsbereich ermöglicht sieht ; gerade dort fehlen aber hinsichtlich von inländischen juristischen Personen mit "Mitgliedern" aus EG-Ländern angesichts der Diskriminierungsverbote die Handlungsmöglichkeiten.

564 Die identische Trias findet sich in Art. 58 EGV (Art. 48 nach dem Vertrag von Amsterdam).

565 Ein Beispiel ist der Sachverhalt der Entscheidung EuGH Urt. v. 07.03.1990 Rs.C-362/88,GB-INNO-BM/Confédération du Commerce Luxembourgeois Slg. 1990 I-667.

566 C.Th.Ebenroth, Konzernbildungs- und Konzernleitungskontrolle – Ein Beitrag zu den Kompetenzen von Vorstand und Hauptversammlung, 1987, S.71; zum Vorwurf gegen die Sitztheorie, daß Tochtergesellschaften multinationaler Unternehmen ihren effektiven Verwaltungssitz immer bei der Muttergesellschaft haben würden. Es ist auf den Ort abzustellen, an dem "im Rahmen des gesellschaftsinternen Willensbildungsprozesses die laufenden Geschäftsführungsakte zustande kommen und an dem sie nach außen umgesetzt werden ." Das kann durchaus im Land der Tochtergesellschaft der Fall sein.

567 Siehe zur Diskussion um die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung der Sitztheorie P.Troberg, Art. 58 EGV Rn. 18 f, in: H.v.d.Groeben, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997.

568 K.Stern, Staatsrecht III/1 § 71 VI b β vermag weder eine gefestigte Literatur- noch Rechtsprechungsmeinung zu finden.

cc) Grundrechtsschutz für EU-ausländische juristische Personen

Art. 6 EGV umfaßt auch den Schutz juristischer Personen vor Diskriminierung,<sup>569</sup> so daß sich – wie bei natürlichen Personen – die Frage nach der Benachteiligung bei den Deutschengrundrechten stellt.

Dagegen wandte die Literatur ein, daß Art. 19 Abs.3 GG nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 EGV falle. Es läge keine Kollisionslage vor, weil die **Grundrechtssubjektivität auf der einen** und **die durch den E(W)GV garantierte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auf der anderen Seite** zu verschieden seien:

„Die Frage der Grundrechtssubjektivität juristischer Personen ist ... für die Realisierung der Europäischen Wirtschafts-Union belanglos, da die EWG-Freiheiten der Unternehmen nicht von der bundesrepublikanischen Grundrechtsfähigkeit abhängen.“<sup>570</sup>

Diese Einschätzung überzeugt nicht, weil es einen grundlegenden Unterschied macht, ob ein Unternehmen in einem Verfahren (vor dem BVerfG) unter Berufung auf Art. 2, 5 und/oder 12 GG – also materielle Grundrechte – argumentieren kann, oder ob ihm „nur“ ein rechtsstaatliches Verfahren garantiert wird. Diese Beschränkung auf die Prozeßgrundrechte scheint – auch im Hinblick auf Art. 6 EMRK<sup>571</sup>, der hier als Auslegungshilfe dienen kann (allgemein im 5.Kapitel V 4 a) – antiquiert.

Es geht hier nicht um **die Nuance des Grundrechtsstandards, der über dem grundfreiheitlich-gemeinschaftsgrundrechtlichen Standard liegt**, wie bei natürlichen Personen, sondern um die pauschale Versagung materieller Grundrechte.

Bei juristischen Personen aus der EU hat sich der deutsche Gesetzgeber nach hier vertretener Ansicht seines Aktionsspielraums entäußert. **Es ist grundsätzlich ausgeschlossen, daß die Beschränkung auf die Prozeßgrundrechte materiell und effektiv dem grundfreiheitlich-gemeinschaftsgrundrechtlichen Standard entsprechen könnte.** Juristischen Personen mit Sitz in EU-Ländern müssen deshalb auch die Grundrechte zustehen können, die von deutschen juristischen Personen

---

569 A.v.Bogdandy, a.a.O., Art.6 Rn 32. Siehe auch den spezielleren Art. 58 EGV (Art. 42 nach dem Vertrag von Amsterdam) der für die Anwendung des Kapitels der Niederlassungsfreiheit eine Gleichbehandlung von EU-ausländischen juristischen Personen mit den natürlichen Personen des Mitgliedstaats verlangt, in dem die juristische Person den satzungsmäßigen Sitz, die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der EU hat.

570 H.Quaritsch, a.a.O., §120 Rn. 40 unter Verweis auf H.Bethge a.a.O., S. 58. Ähnlich auch K.Stern, Staatsrecht III/1 § 71 VI 6 by.

571 Siehe zum persönlichen Geltungsbereich von Art. 6 EMRK, der auch juristische Personen umfaßt und der Notwendigkeit, daß der Anspruch in "billiger Weise" gehört werde (also nach hier vertretener Meinung) unter Berücksichtigung materieller Grundrechte Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2.Aufl., 1996, Art. 6 Rn. 4 und 53 ff und die Entscheidung des Cour de Cassation (crim.) v.12.11.1990 mit der im Ergebnis unentschiedenen Anmerkung von Ch.Engel, Versetzt die Europäische Menschenrechtskonvention der Sitztheorie des internationalen Gemeinschaftsrechts den Todesstoß? ZEuP 1993, 150 ff.

geltend gemacht werden können – zunächst also die Jedermannsrechte aus Art. 2 Abs.1 und Art. 5 GG.<sup>572</sup>

Diese Auffassung stützt sich auch darauf, daß Art. 19 Abs. 3 GG vom Wortlaut her – siehe die eingangs geschilderten Alternativen des Analogie und Umkehrschlusses – offener ist als die vom Wortlaut stringenten Deutschenrechte.<sup>573</sup>

Die anschließende Frage ist, ob EU-ausländische juristische Personen auch Deutschenrechte geltend machen können. Die Antwort wird durch dieselben Erwägungen beantwortet wie oben unter c) bei den natürlichen Personen.

e) *Relevanz der Diskussion um dem Grundrechtsschutz für ausländische juristische Personen für das Werbungsrecht*

Die Relevanz der Ermittlung des einschlägigen Prüfungsmaßstabes wird anhand der Regelung in § 13 Heilmittelwerbegesetz (HMG) deutlich:

„Die **Werbung eines Unternehmens mit Sitz außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ist unzulässig**, wenn nicht ein Unternehmen mit Sitz oder eine natürliche Person mit gewöhnlichem Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, die nach diesem Gesetz unbeschränkt strafrechtlich verfolgt werden kann, ausdrücklich damit betraut ist, die sich aus diesem Gesetz ergebenden Pflichten zu übernehmen.“

Soll dieses personale Werbeverbot für Auslandsunternehmen

- mit dem BGH, der einen exklusiven meinungsfreiheitlichen Werbungsschutz bejaht, an Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt GG
- oder mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG überhaupt nicht an materiellen Grundrechten

gemessen werden?

#### 4. *Tatbestandskonkurrenzen: Tatbestandsüberschneidungen*

Hier werden folgende Varianten unterschieden:

a) *Partielle Tatbestandsidentität des sachlichen Geltungsbereichs von Grundrechten*

Graphisch kann die partielle Tatbestandsidentität durch sich schneidende Kreise dargestellt werden. Ein Beispiel für die partielle Tatbestandsidentität ist – wenn

---

572 Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art.5 Abs.1,2 Rn.179; unter Hinweis auf Ch.Degenhart, Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen bei wirtschaftlicher Betätigung im Inland – dargestellt am Beispiel der Eigentumsgarantie- EuGRZ 1981, S.161, 163, 168 der den "fremdenrechtlichen Aktionsspielraum" teleologisch auf die Gefahr reduziert, daß sich im Inland operierende ausländische juristische Personen der Kontrolle der deutschen Rechtsordnung entziehen. H.Niessen, Der Schutz der Grundrechte ausländischer juristischer Personen, NJW 1968, 1017, 1020. Zurückhaltend noch W.W.Schmidt, Grundrechte und Nationalität juristischer Personen, 1966, S.187.

573 So auch K.Drathen, a.a.O., 1994, S.209.

man der BGH-Rechtsprechung folgt (siehe I 3 a) – Fall I („Ölverschmutzte Ente“).

Die Werbung mit (preisgekrönten) Bildern ist Kunst (Art.5 Abs.3 GG) *und* Bestandteil einer in Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG geschützten Meinungsfreiheit *und* die künstlerische Meinung ist Element der wirtschaftlichen Betätigung.

Kennzeichnend ist, daß die Schnittmenge gegenüber jedem der „Gesamtgrundrechte“ speziell ist. Gegenüber der Kunstfreiheit hebt sich ein Kunstwerk, das ausdrücklich eine Meinung „transportieren“ soll, tatbestandlich speziell ab – und gegenüber der Meinungsfreiheit eine Meinung, die ein Kunstwerk instrumentalisiert<sup>574</sup>. Fraglich ist, ob diese Spezialität der künstlerischen Meinung auch gegenüber der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung zu bejahen ist.

Im folgenden werden drei Ansätze zur Bewältigung der Konkurrenzproblematik geschildert, nämlich

- unter b) die konkurrenzvermeidende Tatbestandsauslegung,
- unter c) das Abstellen auf die Eingriffswirkung dahingehend, ob ein Werbeverbot oder eine Werbebeschränkung vorliegt und
- unter d) ein meinungsfreiheitlich differenzierter Ansatz.

#### *b) Konkurrenzvermeidende Tatbestandsauslegung*

Ein Weg zur Lösung der partiellen Tatbestandsidentität ist die *konkurrenzvermeidende Tatbestandsauslegung*, bei der zwei Varianten grundsätzlich – wenn auch in der Praxis oft nicht trennscharf – unterschieden werden können:

##### aa) Verengung der „tatsächlichen“ Schutzbereiche: der berufsfreiheitliche Schutz der Verkaufsgespräche

Die eine „Lösung“ besteht in einer restriktiven Auslegung des „tatsächlichen“ Schutzbereichs von Grundrechten<sup>575</sup>, *um*<sup>576</sup> Schnittmengen zu vermeiden.

Unter „tatsächlichem“ Schutzbereich werden hier die Handlungen und Kommunikationen verstanden, die der Grundrechtsträger bei der Verwirklichung seiner grundrechtlichen Freiheit vornimmt.

Dieser Weg wird bei der nicht-kommerziellen Werbung vor allem<sup>577</sup> bei der Glaubens-, Vereinigungs- und Versammlungswerbung (Art. 4, 8, 9 GG) beschränkt.

---

574 Parallele Konstruktion bei J.Schwabe, a.a.O., 1977, S.327, f, der das Verhältnis von Versammlungs- und Koalitionsfreiheit darstellt.

575 Ein Beispiel liefert O.Bachof, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd.3/11, S.169 f, wenn er für den berufsmäßigen Vertrieb religiöser Schriften für den Inhalt Art.4 Abs.1 GG und für den Vertrieb Art.12 Abs.1 GG für einschlägig hält. Dagegen könnte sprechen, daß das BVerfG eine Auslegung fordert, die "die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet". (BVerfGE 6 55, 72 M.Lepa, Grundrechtskonflikte, DVBl 1972, 161, 163). Siehe auch Ch.Starck, in v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 3.Aufl., S.128 für religiöse und politische Veranstaltungen und das Verhältnis von Art.8 GG (äußere Ordnung) zu Art.4,5 GG (innere Ordnung).

576 Diese Finalität der Tatbestandsverengung unterscheidet die konkurrenzvermeidende Tatbestandsauslegung von den bereits zitierten Meinungen, die die Meinungsfreiheit als solche hohen Tatbestandsanforderungen unterwerfen wollen.

ten. Diesen Garantien läge tatbestandlich ein *mittelbarer* Kommunikationsaspekt zugrunde, der einen Rückgriff auf Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG *ausschließe*.<sup>578</sup> Demzufolge könnte man argumentieren, daß auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit Kommunikationsaspekte beinhaltet und damit einen Rückgriff auf Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt.GG ausschließe – ohne kommunikativen Kontakt mit (zukünftigen) Vertragspartnern ist eine wirtschaftliche Betätigungsfreiheit nicht zu verwirklichen und die Berufsfreiheit eines Arztes oder Notars erst recht nicht. Diesem Einwand wird eine sehr differenzierte Betrachtung entgegengesetzt:

„Werbung habe Öffentlichkeitsbezug und reiche daher über den Sektor der typischen, durch Art. 12 GG verbürgten Kommunikationsformen hinaus. Während die Vertragsverhandlungen und Verkaufsgespräche dem Absatz von Gütern unmittelbar vorgelagert sind, erschöpft sich die Funktion der Werbeaussage in der Einflußnahme auf den Meinungsbildungsprozeß.“<sup>579</sup>

Eine derartige Differenzierung zwischen Verkaufsgesprächen („persönlicher Verkauf“, siehe die Übersicht zum Marketing-Mix), die von Art. 12 GG umfaßt sein soll, und Werbung, die von Art. 5 GG geschützt sein soll, überzeugt nicht, weil beide kausal und funktional den Abschluß von Verträgen (§§ 145, 147 BGB) vorbereiten. Es kann sein, daß Verkaufsverhandlungen sich in einem individuelleren Rahmen bewegen als Werbung, deshalb in der Öffentlichkeit nicht so leicht wahrgenommen werden und so weniger geeignet sind, die öffentliche Meinung zu beeinflussen. Bei der Zugrundelegung eines solchen *Wirkungskriteriums* müßte konsequenterweise zwischen Werbeformen, die quantitativ viele Personen erreichen (etwa Rundfunkwerbung) und anderen (Werbeschilder im Verkaufsraum) unterschieden werden und dann jeweils der Berufs- oder Meinungsfreiheit zugeordnet werden. Das geschieht in der Literatur bisher nicht, es würde sich auch um ein untaugliches Differenzierungskriterium im Rahmen der Meinungsfreiheit<sup>580</sup> handeln. Die Beschränkung des berufsfreiheitlichen Schutzes auf Verkaufsgespräche muß sich *insoweit* die *Kritik einer konkurrenzauslösenden Tatbestandsverengung der Berufsfreiheit*<sup>581</sup> entgegenhalten lassen, weil die Werbung so aus dem Schutzbereich von Art. 12 GG entfernt wird. Mit dieser Kritik ist aber die Frage, ob Werbung *und* die Beteiligung an Verkaufsverhandlungen von (Art. 12 und/oder) Art. 5 GG geschützt sind, nicht beantwortet und bedarf weiterer Prüfung.

---

577 so auch F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.140.

578 Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, 55 Lfg., 1988, Art. 5 Rn. 756 zu Art. 4 GG. Bei Art. 8 und 9 GG wird eher eine differenzierte Bewertung vorgenommen. Dazu siehe unter ...

579 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.147.

580 Die Öffentlichkeit von Meinungen wird durch die Mediengarantien gewährleistet.

581 Es handelt sich um eine konkurrenzauslösende Verengung der Berufsfreiheit, weil durch die Beschränkung auf die Verkaufsgespräche die Konkurrenzproblematik zwischen Art. 5 und Art. 12 GG für die Werbung erst entsteht.

bb) Systematische Verengung der Schutzbereiche

Die zweite Lösung fingiert aus systematischen Erwägungen eine Schutzbereichszuordnung. Ein Beispiel ist der Schutz der kommerziellen Werbung in Art. 12, 14 und 5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG. Hier soll die Werbung *begrifflich* dem Schutzbereich der Meinung unterfallen, *systematisch* aber nicht. Die Werbung stehe den Ausstrahlungen des Eigentums und der Berufsausübung näher und müsse deshalb nach deren Regeln beurteilt werden.<sup>582</sup>

Das entspricht im wesentlichen der ganzheitlichen Betrachtung des Marketing-Mix, die im Rahmen dieser Arbeit favorisiert wird.

Aus dem grundrechtlichen Begriff der „Meinung“ müßten diejenigen „Äußerungen ausscheiden, welche durch eine

„sachnähere“, „sachzentralere“ Bestimmung des Grundgesetzes in anderer – mehr oder minder einschränkbarer – Weise erfaßt werden“.<sup>583</sup>

*Wirtschafts- und betriebpolitische Stellungnahmen* – auch wenn sie absatzfördernde Wirkung haben – sollen aber weiterhin durch die Meinungsfreiheit geschützt.<sup>584</sup>

*Das entspricht einer Unterscheidung von Public Relations (dazu siehe im 3.Kapitel IV) und Werbung.*

Dieser mehr als drei Jahrzehnte alte Ansatz erfolgte vor dem Hintergrund eines sehr restriktiven Meinungsschutzes in Art. 5 Abs.1 S.1 1.Alt.GG, der den Schutzbereich nur

„zustimmungsfähigen“<sup>585</sup>, *nicht egozentrischen Thesen*“

öffnen wollte<sup>586</sup>, weil nur diese politischen Auseinandersetzungswert haben und der Prägung der Meinungsfreiheit durch die in Art. 5 Abs.1 S. 2 GG geschützten Institutsgarantien entsprechen.

---

582 W.Leisner, Begriffliche Grenzen verfassungsrechtlicher Meinungsfreiheit, Ufita 37 (1962), 129 (136, 146) .

583 W.Leisner, a.a.O., S. 146; Oppermann, a.a.O., S. 401, I.v.Münch, AfP 1974, S.601.

584 W.Leisner, Werbefernsehen, S.97, 99, 100. Zum gleichen Ergebnis kommt R.Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 114 f, der Beschränkungen der Werbung zuläßt, "soweit die die Meinungsfreiheit ausschließlich in ihrer Eigenschaft als *Mittel* der Wirtschaftswerbung beschränkt. Soweit also Meinungen Mittel für die Ausfüllung des Inhaltsrechts "Berufsfreiheit" sind, sollen sie den Schranken der Berufsfreiheit unterworfen sein (kritisiert von F.Drettmann, a.a.O., S. 166).

585 Weil die Beschränkung auf *zustimmungsfähige* Thesen erfolgte, waren Abgrenzungsprobleme mit den damals verbreiteten Werbeformen, die funktional für eine Mehrheit zustimmungsfähig sein sollten, aufgetreten. Dem ist diese Meinung durch den Hinweis auf die Egozentrik der Werbung entgegengetreten, die dann zu einem Schutz nach Art. 12 GG führt.

586 a.a.O., S. 147, "Meinung ist also nur eine Äußerung, welche eine wahrscheinliche, zustimmungsfähige These in einem politischen Bereich beinhaltet." Siehe auch Ch.Perelman, Logik und Argumentation, 1979, S.87 "der verkündet, ohne sich um die Hörschaft zu kümmern, erweckt, außer wenn Gott aus ihm spricht, den Eindruck eines Geistesgestörten, Weltfremden oder Beziehungsgestörten" und die Gegenposition (S.89) verkörpert im Verhalten des Arisipps, dem man vorwarf, er habe sich dem Tyrannen Dionys zu Füßen geworfen, um von ihm erhört zu werden. Er wehrte sich mit dem Argument, es sei nicht sein Fehler, daß Dionys Ohren an den Füßen habe.

Die moderne Umwelt-, Image- und Unternehmenswerbung bestreitet den Vorwurf der *Egozentrik*. Fall I, IIa und III („Ölverschmutzte Ente“, „HIV-Positive“ und „Busengrapscher“) machen zudem deutlich, daß die heutige Werbungslandschaft das Abstellen auf die „zustimmungsfähigen Thesen“ dieses Einordnungsversuchs überholt hat. Die Schock- und sexistische Werbung versucht die Aufmerksamkeit der Rezipienten zu erregen, indem eine selbstbewußte Brüskierung auch der Majorität in Kauf genommen wird, um ein Markenimage zu kreieren, das zumindest den Absatz bei einer Minderheit fördert.

Wenn man der These der *Zustimmungsfähigkeit und fehlenden Egozentrik* von Meinungen folgte, dann bedürfte es für die Fälle I, IIa und III („Ölverschmutzte Ente“, „HIV-Positive“ und „Busengrapscher“) keiner konkurrenzvermeidenden Tatbestandsauslegung, weil der meinungsfreiheitliche Schutzbereich nicht eröffnet wäre.

Für Werbeformen, die für die Mehrheit zustimmungsfähig<sup>587</sup> sein könnten, bliebe es grundsätzlich bei einer Zuordnung zur Berufsfreiheit. Anwendungssicherheit gibt diese Meinung allerdings wiederum nur für die textlich verbreitete Absatzwerbung. Sobald die Werbung Kunst mediatisiert (siehe I 3 a), soll auch die Kunstfreiheit einschlägig sein.

So wurde die Frage gestellt, ob die Darstellung zweier erdachter Werbegestalten, die sich auf einer Leinwand über die Vorteile von Onko-Kaffee unterhalten, Kunst sei. Kommerzielle Absichten oder Erfolge sollen dabei den Kunstcharakter eines Werkes nicht ändern können<sup>588</sup>.

Damit wird deutlich, daß eine konkurrenzvermeidende Tatbestandsauslegung bei der Werbung nicht nur den meinungsfreiheitlichen, sondern auch den kunstfreiheitlichen Aspekt lösen muß.<sup>589</sup>

### c) *Maßgeblichkeit der Eingriffswirkung: Werbeverbote oder -beschränkungen*

Ein weiterer Lösungsversuch für die Konkurrenzlage von Berufs- und Meinungsfreiheit stellt auf die *Wirkung* einer Werbeeinschränkung ab.

aa) „Totale Werbeverbote“ werden nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG beurteilt

Es gibt nach dieser Ansicht

- „*generelle totale Werbeverbote*“ und
- „*partielle totale Werbeverbote*“, die auch „totale Werbeverbote für bestimmte Werbemedien“<sup>590</sup> umfassen.

---

587 wobei die Eignung einer Werbung für die Mehrheit – aller Deutschen, Einwohner, Wahlberechtigten? – zustimmungsfähig zu sein, allenfalls durch Umfragen festgestellt werden könnte.

588 W.Leisner, a.a.O., S.148, f.

589 F.Müller, Grundrechtsdogmatik, S.39, 64 will eine Beschränkung der Grundrechte auf das jeweils "sachspezifisch Geschützte" und schützt von Art.5 Abs.3 GG nur die Herstellung des Werks und den Kontakt zum Publikum, nicht aber eine bestimmte Kommunikationsart. Dann tritt keine Konkurrenzlage auf.

590 Etwa § 22 LMBG.

Für diese Verbote des „Ob“ von Werbung soll die Meinungsfreiheit einschlägig sein.<sup>591</sup>

bb) Werbebeschränkungen

Handelt es sich dagegen um eine Beschränkung der Werbung, des „Wie“, dann soll die Berufsausübungsfreiheit einschlägig sein.

cc) Kategorisierungsprobleme

Die Verwandtschaft dieser frühen Terminologie von *Peter Weides mit* jüngeren Entsprechungen in der Rechtsprechung des EGMR (5.Kapitel: „Casado Coca“) und der Rechtsprechung des Supreme Court (4.Kapitel: „Virginia Pharmacy“, „Liquormart“) ist offensichtlich. Die Trennung beider Eingriffsstufen ist indes nicht einfach, wie bereits die Begriffswahl eines „generellen totalen Werbeverbots“ andeutet und die Ausführungen im 3.Kapitel (siehe unter I 1 bb) zur Unterscheidung von Werbeverboten und -beschränkungen bestätigen. Diese Kategorisierung verspricht nach hier vertretener Ansicht keine erhebliche Erleichterung in der Rechtsanwendung und sie ist, wenn man sie als endgültig betrachtet, **nicht überzeugend: einschneidende Werbebeschränkungen, die nach diesen Meinungen dem „Wie“** (in etwa vergleichbar im amerikanischen Recht :“content neutral restrictions“, „time, place, manner restrictions“) **zuzuordnen sind, werden gegenüber Werbeverboten** („restrictions of content“), **die dem „Ob“ zugerechnet werden, pauschal privilegiert.**<sup>592</sup>

Konsequenterweise wäre die Verfassungsmäßigkeit eines „(damals) partiellen Werbeverbots für Tabakwerbung im Rundfunk (§ 22 Abs. 1 LMBG)“ als Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit („Ob“; „partielles totales Werbeverbot“) geprüft worden, während die vorgebliche Sitten- und Wettbewerbswidrigkeit der Werbung in den Fällen I („Ölverschmutzte Ente“) und II a („HIV-Positive“) als gegen § 1 UWG verstoßend „nur“ anhand von Art. 12 GG zu messen wäre („Wie“; Kein „generelles totales Werbeverbot“).<sup>593</sup> Damit wird der „meinungsfreiheitlichen“ Problematik der Fälle I und IIa, in denen wahrheitsgemäße oder wahrhaftige Werbung nicht zugelassen wird, nicht Rechnung getragen.

Es fehlt zudem an einer gebotenen Differenzierung, wenn Sprache mit so unterschiedlicher, meinungsfreiheitlicher Affinität wie Public Relations, Absatzwer-

---

591 P.Weides, Wirtschaftswerbung und Grundrechte, WRP 1976, 585, 589. Eine ähnliche Terminologie wird auch von K.A.Nagel, Werbeverbote 1992, in seinem Untertitel "Die grundrechtliche Problematik genereller Werbeeinschränkungen – dargestellt am Beispiel von Werbeverboten für Anwälte ...und S. 65 ff verwandt.

592 Siehe auch BVerfGE 42, 143, 149 f; 54, 129, 135. Es handelt sich um einen Parallelen zur Diskussion um die Überzeugungskraft der Drei-Stufen-Theorie des BVerfG, die eine pragmatische Grundorientierung leistet, und in den problematischen Einzelfällen des Bewußtseins des Sinns der Kategorisierung und gegebenenfalls einer Rückbesinnung bedarf (J.Lücke, Die Berufsfreiheit, Eine Rückbesinnung auf den Text des Art.12 Abs.1 GG, 1994, S.45).

593 P.Weides, WRP 1976, 589 f.

bung und Sozialsponsoring (Fall IV) nach Maßgabe der Eingriffsintensität<sup>594</sup> grundrechtlichen Schutzbereichen zugeordnet werden. Der eingreifende Staat kann so die Einschlägigkeit des Grundrechts durch die von der Dogmatik ohne Prüfung des Einzelfalls etablierte Kategorisierung des *Intensität* des Eingriffs *bestimmen*; ein Privileg, das ihm grundsätzlich nicht eröffnet werden sollte.

d) *Meinungsfreiheitlich differenzierter Werbungsschutz*

Ein weiterer Vorschlag zur Lösung von Konkurrenzlagen ist die Zuordnung der kommerziellen Sprache zur Meinungsfreiheit und die Ausbildung einer der Dreistufentheorie bei der Berufsausübung vergleichbaren *Schutzbereichs und Schrankendogmatik*<sup>595</sup> im Rahmen der Meinungsfreiheit. So soll

- an erster Stelle die öffentlich-politische Diskussion,
- an zweiter Stelle die Kommunikation über Gedanken und Ereignisse, die nicht zum politischen Bereich gehören, wie auch die Werbung für Waren, und an
- dritter Stelle die unterhaltende Meinung stehen.<sup>596</sup>

Die Ablehnung der Einschlägigkeit der Berufsfreiheit für die Werbung führt so zur *Verschiebung der Konkurrenzproblematik zwischen Art.12 und 5 GG* in eine *tatbestandliche Differenzierung von Art. 5 GG*. Die Einführung von *Meinungsbewertungen bei der Eröffnung des Schutzbereichs* ist nach hier vertretener Ansicht der schlechteste Weg:

- (1) Ein „ranking“ von Meinungen erweckt den Eindruck, daß die Meinungen niedrigsten Ranges am ehesten beschränkt werden könnten. Die Reihenfolge ist, je nachdem ob man eine „liberale“ oder eine „institutionelle Betrachtungsweise“, umkehrbar.
- (2) Die werbende „Meinung“ würde um ihren Platz in der Rangfolge geschützter Meinungen kämpfen. Die Abgrenzung muß bei der Meinungsfreiheit subjektivissime erfolgen, wenn die Bewertung einer Meinung als „*unterhaltend*“ und „*nicht zugleich für eine Ware oder Idee werbend*“<sup>597</sup> unterschieden werden müßte.
- (3) Eine weitere Kritik gründet sich auf die Vernachlässigung des Zusammenhangs von Kommunikations- und Produktpolitik; also die Vernachlässigung

---

594 Problematisch ist zudem die Qualifizierung von objektiv vorliegendem Eingriff und subjektiver Intention. Muß der Staat die Abschaffung und/oder Beschränkung bestimmter Formen der kommerziellen Sprache in seinen Willen aufgenommen haben, oder genügt die mittelbare, aber faktische Beeinträchtigung von Werbung; dazu J.Schwabe, a.a.O. 1977, S.414; M.Degen, a.a.O., S.84, 85-88, der am Beispiel der Pressefreiheit die Schwierigkeit der Unterscheidung presse- und berufsbezogener Regelungen verdeutlicht.

595 Dieser Ansatz erstreckt sich also über die Tatbestandskonkurrenz hinaus auf die Rechtsfolgenkonkurrenz ("effektiver Garantiebereich").

596 K.v.Köller, a.a.O., S.250.

597 Die Werbung für die Person (des Entertainers) findet bei v.Köller, S.250 f keine Berücksichtigung – ist sie weniger bedeutend als die Werbung für Objekte?

der Ganzheit des Marketing-Mix. Durch die Ausgrenzung des berufsfreiheitlichen Aspekts bei einem exklusiven Schutz der Werbung als Meinung wird die Beziehung von Kommunikation und Betätigung vernachlässigt. Es kann in einzelnen Berufen unterschiedliche Anbieter-Kunden Beziehungen geben, die eine generalisierende Kommunikationsbewertung nicht erfassen kann. Ein Grundsatz der Meinungsfreiheit, daß wahre und wahrhaftige Sprache weitestmöglich geschützt werden soll. Die Bedeutung des Schutzes von wahrer Sprache ist aber produkt- und berufsabhängig. Sowohl bei der Rechtsanwalts- als auch bei der Ärzterwerbung geht es um die Information über Produkte, vorwiegend Dienstleistungen. Meinungs- und informationsfreiheitsrechtlich läßt sich nach hier vertretener Ansicht schwer begründen, weshalb Ärzte nicht in der Öffentlichkeit (Massen- und elektronische Medien)<sup>598</sup> für ihre Dienstleistungen werben dürfen, während Anwälte das in sachlicher Form dürfen. Wenn Beiträge zur öffentlichen Meinung durch die Werbung erfolgen, dann ist der Ausschluß ganzer Branchen vom meinungsfreiheitlichen Schutz nicht zu rechtfertigen:

Die Rechtsanwälte haben in einer meinungsfreiheitlich-werblichen Perspektive ein Recht auf kommerzielle Sprache, während die Ärzte dies nicht haben.

Das satzungrechtliche Verbot der Arztwerbung (siehe im 3.Kapitel I 2 und c dd) ist so einschneidend, daß es – ohne Verfassung nach dem einfachen Gesetz auszulegen – entweder dazu führt, *Ärzten für ihre Werbung bereits den meinungsfreiheitlichen Schutzbereich* (Tatbestand) zu verschließen

(Für Public Relations durch Journale und Bücher über bestimmte Therapien steht ihnen die Meinungsfreiheit auch nach der BVerfG-Rechtsprechung offen.)

oder diese Werbeverbote per se als Verstöße gegen die Meinungsfreiheit zu qualifizieren. Erst die ganzheitliche Betrachtung mit dem Berufsbild, die *im Schutzbereich* nur<sup>599</sup> Art. 12 GG gewährleistet, ermöglicht es, die spezifischen Unterschiede der Wirkungen von wahrer und wahrhaftiger Sprache in der Werbung zu beurteilen

Ein Beispiel ist Fall VI („Arztwerbung“), bei dem es einen Unterschied machen kann, ob Rechtsanwälte *oder* Ärzte auf besondere Forschungsmittel und Behandlungsmethoden hinweisen.

- Wenn ein Rechtsanwalt damit werben würde, daß *er* Internet-, Juris- und sämtliche CD-Rom-Datenträger recherchiert, dann ist das eine sachliche und (unterstellt) zutreffende Informationswerbung.<sup>600</sup> Die Erkenntnis, daß Recht aufgrund eines Diskurses von dem Gericht und mit dem Gegenanwalt „gesprochen“ wird, und so die Recherche „*nur*“ *mitursächlich für*

---

598 Siehe im 3.Kapitel I 2 OVG Koblenz Urt.v.13.2.1997 NJW 1997, 1932 "eMail doctor".

599 Bei der Meinungsfreiheit würde es sich um eine Bewertung anhand der allgemeinen Gesetze handeln.

600 Auch wenn der Mandant in einem "einfachen" Nachbarrechtsstreit mit einem Rechtsanwalt mit "Mediator-Qualitäten" vielleicht besser beraten wäre.

„*das Recht*“ des Mandanten ist, veranschaulichen die Bedeutung der Berufsausübung für die Bewertung von Informationen über *einen* qualitativen Aspekt derselben.

- Wenn ein Arzt mit technischen Hilfsmitteln – „Herzkathedermeßplatz“ (siehe 3.Kapitel I 2 a) – wirbt, dann kann die Erbringung dieser technischen Leistung in ihrer Anwendung überprüft werden; der Erfolg ist wegen der Multikausalität von Gesundheit wie Krankheit ungleich schwerer verifizierbar als der Erfolg des anwaltlichen Schriftsatzes, der sich günstigstenfalls im Urteil oder im aufgrund der Verhandlungen geschlossenen Vergleichs wiederfindet.

Soweit der Arzt „hochspezialisierte“ Behandlungsmethoden“ (Fall VI) bewirbt, fehlt es oft an der für die juristische Praxis üblichen „Gegenprobe“.<sup>601</sup> Die „hochspezialisierten Behandlungsmethoden“ sind zudem, gerade wenn sie innovativ sind, oft erst eine Studie ihrer selbst. Hinzukommt, daß sich bei einer von jedem Produkt, das Besserung verspricht, psychisch-abhängigen Klientel, die Gesundheitswerbung der Natur der Sache und der Personen wegen, der Irreführung nähert. „Wahre“ und „wahrhaftige Sprache“ erhalten durch das unterschiedliche Informationsniveau zwischen Anbietern und Nachfragern und durch die Lebenshoffnungen der Rezipienten aufgrund der Wichtigkeit des *Ziels* der ärztlichen Werbung eine andere Bedeutung. Die BVerfG-Rechtsprechung summiert diese auch verbraucherschutzpolitischen Bedenken unter dem Argument der Verfälschung des *Berufsbilds*.<sup>602</sup>

Die Schilderung der Ansätze zur Tatbestandskonkurrenz zeigt, daß sie keine zwingenden Argumente anbieten. Wenn Meinungs- und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einander nicht ausschließen, dann stellt sich die Frage nach der Lösung der Konkurrenzen auf der Rechtsfolgenseite, also im effektiven Garantiebereich.

## 5. *Rechtsfolgekonkurrenzen*

Der Verneinung einer tatbestandlichen Spezialität und/oder der Annahme einer partiellen Tatbestandsidentität auf der Tatbestandsseite (Meinungsfreiheit *und* Berufsausübung) entsprechen auf der Rechtsfolgenseite folgende Lösungsansätze.

### a) *Idealkonkurrenz*

Im Gegensatz zur tatbestandlichen Spezialität bleiben bei der Idealkonkurrenz<sup>603</sup> *alle betroffenen Grundrechte* rechtsfolgenbestimmend. Die Idealkonkurrenz verlangt grundsätzlich eine multiple Schutzbereichs- und Schrankenprüfung. *Die Folge ist eine Schrankenkumulation*. Praktisch, wenn auch nicht theoretisch, lösen sich die Konkurrenzprobleme, wenn die Prüfung anhand unterschiedlicher Schranken zu gleichen Ergebnissen führt. Eine solche Konstellation ist die sogenannte Schrankenkonkurrenz.

---

601 Soweit (noch) keine wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Erfolge der Methode vorliegen.

602 BVerfGE 33, 125, 170;71, 162, 174.

603 Herzog: in Maunz-Dürig, Art.5 Rn.35.

aa) Schrankenkongruenz.

Eine Schrankenkonkurrenz wurde für das Verhältnis von Eigentums-, Meinungs- und Berufsausübungsfreiheit bejaht, weil diese Gewährleistungen dem „**gleichen Gesetzesvorbehalt**“<sup>604</sup> unterlägen.<sup>605</sup>

Soweit die Eigentumsfreiheit in diese egalitäre Betrachtung einbezogen wird, wird die exklusive Rechtsfolgenanordnung in Art. 14 Abs.3 GG übersehen.<sup>606</sup>

Für die Freiheit der Werbung löst die Annahme einer Schrankenkongruenz zudem weder das Problem der Werbung durch ausländische Werbungstreibende (insbesondere juristische Personen, siehe dazu oben unter IV 3 d) noch Fall I („Ölverschmutzte Ente“), der nach der Auffassung des BGH Kunst beinhaltet. Hier handelt es sich um die Betroffenheit eines Grundrechts mit Gesetzesvorbehalt (Art. 5 Abs.1 GG) und eines Grundrecht ohne ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt (Art. 5 Abs. 3 GG), so daß auch unter Zugrundelegung der Idealkonkurrenz eine Konkurrenzlösung gefunden werden muß.

bb) „Modal ausgerichtete Abwehr“

Ein weiterer Ansatz, der eine Entscheidung der Rechtsfolgenkonkurrenz entbehrlich macht, ist die Ausfilterung von Fällen, in denen im wesentlichen **formelle Mängel** oder die **Art** des staatlichen Handelns überprüft werden, wie etwa Zuständigkeitsmängel des Gesetzgebers und bei Behörden oder die Befugnis, durch Verwaltungsakt zu entscheiden.<sup>607</sup> In diesen Fällen, die von **Jürgen Schwabe** unter dem Begriff „**modal ausgerichtete Abwehr**“<sup>608</sup> geschildert werden, wird die Prüfung anhand **mehrerer** Grundrechte zum gleichen Ergebnis führen wie die Prüfung anhand **eines** Grundrechts. Es ist deshalb auch nicht zu beanstanden, wenn die Rechtsprechung dann die Einschlägigkeit eines zweiten Grundrechts dahinstehen läßt, wenn bereits die Prüfung an einem anderen Grundrecht zur Verfassungswidrigkeit führt.

Außer bei den Fallgestaltungen der „modal ausgerichteten Abwehr“ bleibt es aber bei der Suche nach der letztlich entscheidenden Schranke. Diese wird entweder durch

- die Feststellung einer **Rechtsfolgenspezialität** (siehe unter **b**) oder
- die Annahme eines grundrechtlichen **Wirkungsverbundes** (siehe unter **c**) ermittelt.

**b) Rechtsfolgenspezialität.**

Hier gibt es drei denkbare Lösungsansätze:

- einen abstrakten Normenvorrang (siehe unter **aa**),

---

604 W.Berg, Konkurrenzen schrankendivergender Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, 1968, S.5; mißverständlich, wenn man S.137 einbezieht, wo er das Beispiel des kunstfreiheitlichen Schutzes von Reklamewerbung am Straßenrand als rein äußerliche und zufällige Verbindung bezeichnet, und deshalb einen "Indifferenzbereich" bejaht, der nur zur Anwendung von Art. 12 GG führt. Dagegen wendet bereits Stern, Staatsrecht, III/2, § 92 kritisch ein, daß es sich um den zentralen Anwendungsbereich des Art.5 Abs.3 GG handeln könne.

605 Dieses **formale Verständnis eines in allen drei Gewährleistungen enthaltenen Gesetzesvorbehalts** bestätigt indirekt eine Ansicht, die den Wortlaut der Verfassung ignoriert und auf die einheitliche Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (durch die Wechselwirkungslehre und die Dreistufentheorie) abstellt J.Schwabe, a.a.O., 443 f.

606 J.Schwabe, a.a.O., S.370 ff.

607 J.Schwabe, a.a.O., S. 360.

608 a.a.O.

- die Ermittlung des einschlägigen Grundrechts aufgrund einer wertinterpretatorischen Einzelfalllösung (*siehe unter bb*) oder
- die verfahrensrechtliche Befugnis, das geltendgemachte Grundrecht auszuwählen (*siehe unter cc*):

aa) Abstrakter Normenvorrang

Dieser Ansatz kann zur Geltung der *stärksten* oder *schwächsten Schranke* führen.

Unter *stärkster Schranke* soll hier eine Schranke verstanden werden, die am ehesten den Eingriff verbietet. Schranke ist damit vorrangig aus der Perspektive des Staates, nämlich als *Beschränkung für den Staat*, definiert. Das hat – im Gegensatz zur sonst verbreiteten Terminologie – den Vorteil, daß ein „starkes“ Grundrecht auch eine „starke“ Schranke errichtet<sup>609</sup> – und ein „schwaches“ eine „schwache“.

Festzustellen ist zunächst, welche Schranke „stärker“ ist<sup>610</sup>.

Die Entscheidung darüber liegt bei Art. 5 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 GG nicht ohne weiteres auf der Hand, weil auch vorstellbar ist, daß beide Schranken *nicht immer* im *maius-minus Verhältnis*<sup>611</sup>, sondern in einigen Fällen auch in einem *minus-maius-Verhältnis*<sup>612</sup> zueinanderstehen. So kann die erwähnte ALDI-Werbung mit den Preislisten diejenige Werbungsform sein, die in der Perspektive von Art. 12 GG zuletzt (nach der suggestiven Werbung der Fälle I-III) eingeschränkt werden kann und für die Art. 12 GG deshalb die stärkste Schranke ist, während Art. 5 GG, so man die Eröffnung des Schutzbereichs mit dem „free flow of information (serving the public opinion)“ begründet, wegen des günstigstenfalls geringen Beitrags<sup>613</sup> zur öffentlichen Meinung nur die schwächere Schranke bietet.

**Dann ist zu überprüfen**, inwieweit die stärkere Schranke die schwächere Schranke verdrängt und damit den effektiven Garantiebereich erweitert oder verengt. Die **abstrakte Lösung**, daß also allein durch ein Feststellen der **Betroffenheit von mindestens zwei Grundrechten, nur das stärkere oder schwächere zur Anwendung kommt**, wird – soweit ersichtlich<sup>614</sup> – nicht vertreten.

609 vergleiche I.v.Münch, in I.v.Münch/Ph.Kunig, Grundgesetzkommentar, 1.Band, 4.Aufl., München, 1992, Vorb. Rn.43.

610 Zum Problem der Bildung von Hierarchien siehe auch unter bb).

611 Art. 12 GG wird grundsätzlich als "minus" zu Art. 5 GG betrachtet.

612 Der Grund für diese ergebnisorientierte Qualifizierung als "minus" (Art. 5 Abs. 2 GG) und "maius" (Art. 12 Abs. 1 GG) ist das "aliud" des Schutzzwecks, nämlich Förderung der ökonomischen Information auf der einen und der politischen auf der anderen Seite.

613 Wenn man Art. 5 Abs.1 GG als "free flow of economic information" interpretieren würde, dann stellt sich das Problem, inwieweit hier Fall I "Ölverschmutzte Ente", der keine ökonomische Information enthält, weil die Produkte von Benetton nicht angesprochen werden, noch meinungsfreiheitlich geschützt werden könnte (siehe unter I 2).

614 H.Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, 1963, S. 19: "Alle Schranken und Qualifikationen, die laut spezialgrundrechtlicher Regelung für persönliche Entfaltungen,... gelten, werden ihrerseits vom schrankenlosen Grundwert der Kunstfreiheit qualifiziert". Ob diese Qualifizierung abstrakt im Wege eines Normenvorrangs oder auf dem Wege eines Wirkungsverbundes "mitqualifiziert" wird, ist indes nicht eindeutig. Differenzierend auch die Ansichten unter bb) die "regelmäßig" vom schwächeren Grundrecht ausgehen, aber dennoch Einzelfallösungen ermöglichen.

Nur dann, *wenn bereits die schwächere Schranke nicht überwunden werden kann*, verteidigt *Roman Herzog* den pragmatischen Weg des BVerfG, das es beim Verhältnis von Kunst- und Meinungsfreiheit<sup>615</sup>, wie beim Verhältnis von Berufszu Meinungsfreiheit bisweilen *bei der Prüfung der schwächeren Schranke bewenden läßt*:

„... verbieten es selbstverständlich nicht, daß bei der praktischen Rechtsanwendung auf ein durch Gesetzeskonkurrenz verdrängtes Grundrecht zurückgegriffen wird, wenn eine staatliche Maßnahme schon anhand des *schwächeren* Grundrechtsschutzes, den dieses gewährt, zu beanstanden wäre und daher feststeht, daß der stärkere Grundrechtsschutz, den die speziellere Norm bietet, erst recht zu einer Beanstandung führen müßte.“<sup>616</sup>

Schematische Lösungen haben den Anschein von Anwendungssicherheit, der aber nicht über ein Begründungsdefizit hinwegtäuschen kann. Wenn es sich um eine Schnittmenge zwischen zwei Schutzbereichen handelt, dann entbehrt die schematische Verdrängung der einen oder anderen Schranke der Legitimation. Das positive Recht hat Vorrang vor der Konkurrenzdogmatik.<sup>617</sup> Eine differenzierte Betrachtung und Begründung ist deshalb notwendig und allein die Anwendungsschwierigkeiten<sup>618</sup> sind kein Argument gegen einen abgestuften Grundrechtsschutz.

Das trifft – neben dem oben genannten Beispiel der Preis- und suggestiven Werbung – vor allem für die unterschiedlichen Formen der Kommunikationspolitik zu, die unterschiedliche Affinität zur Meinungsfreiheit haben: So haben Public Relations als Beitrag zu einer Ratgebersendung, die über die Medien verbreitet wird und bei der die Medien über die Beteiligung des Kommunikators entscheiden, einen anderen Bezug zur Bildung der öffentlichen Meinung als die selbst lancierte, klassische Werbung.

Zudem löst der abstrakte Normenvorrang nicht die Probleme, die letztlich in der Mannigfaltigkeit der Sachverhalte, begründet sind, die bereits im Tatbestand des Schutzbereichs<sup>619</sup> eines Grundrechts differenziert zu erfassen sind.

Zwar kann man sich bei Betroffenheit der Kunstfreiheit nach dieser Lösung im Fall I („Ölverschmutzte Ente“) auf den Freiheitsbereich innerhalb der immanenten Schranken berufen. *Ob aber die werbliche Verbreitung eines Kunstwerks den gleichen immanenten Schranken zu unterwerfen ist wie die künstlerische, ist mit dieser abstrakten Konkurrenzlösung nicht beantwortet. Es muß also zuerst festgestellt werden, welche Schranken für werbliche Kunst – und eben nicht pauschal gelten, bevor der Vergleich mit Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG angestellt werden kann.*

Ein weiteres Argument gegen die *Spezialität aufgrund einer abstrakten Tatbestandskonkurrenz*<sup>620</sup> ist, daß der Rückgriff auf die subsidiäre Norm bei der Ent-

---

615 BVerfGE 68, 226, 231, 233.

616 Maunz-Dürig, Art. 5 GG Rn. 34 a.

617 L.Fohmann, Konkurrenzen und Kollision im Grundrechtsbereich, EuGRZ 1985, 49,58.

618 W.Berg, a.a.O., S.86.

619 Der "Tatbestand" ist die Summe der Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit der Schutzbereich (insofern als Rechtsfolge) eröffnet wird.

scheidungsfindung grundsätzlich ausgeschlossen ist – sie steht damit als „Abwägungsmaterial“ nicht mehr zur Verfügung. Diese Gegenargumente führen zur Prüfung des zweiten Lösungsvorschlags, nämlich einer Abwägungslösung.

bb) Abwägungslösung

Es bedarf nach diesem Vorschlag immer einer Einzelfallprüfung<sup>621</sup>, *welche* Schranke anwendbar ist. *Ein* Argument<sup>622</sup>, das in eine *Güterabwägung* eingehen soll, ist die *hierarchische Stellung*<sup>623</sup> der betroffenen Grundrechtsbestimmungen<sup>624</sup>. Hierarchien lassen sich *formell* (siehe unter 1) und *materiell* (siehe unter 2) errichten oder feststellen.

(1) *Formelle Hierarchien*. Hier sogenannte „formelle Hierarchien“ bezeichnet eine Kategorisierung von Grundrechtsnormen nach ihrem formal-dogmatischen Geltungsgrund.

(a) *Ein* Ansatz ist die von *Friedrich Klein*<sup>625</sup> entwickelte Aufteilung der Grundrechtsnormen in elementare Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen der Verfassung. Grundrechte, die diesen Kategorien *zugeordnet* werden können, können im Rahmen der Konkurrenzlage den Schutzbereich erweitern.

Der Erkenntnisgehalt für das Werbungsrecht ist gering, weil sich weder die Meinungs-, noch die Berufsfreiheit diesen privilegierten Kategorien zuordnen lassen.

(b) *Ein* weiterer Ansatz ist das Abstellen auf die *formale Ausgestaltung der Schranken* der betroffenen Grundrechte. So sollen Grundrechte, die einen Regelungsvorbehalt<sup>626</sup> enthalten (Art.12 Abs. 1 S. 2; 14 Abs.1 S.2 GG), schwächer als vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte eingeordnet werden. Diese Regelungsvorbehalte werden als Ausdruck eines Ausgleichs zwischen Individual- und Gemeinwohlinteressen interpretiert.<sup>627</sup>

---

620 Die Tatbestandskonkurrenz führt zur Rechtsfolgenkonkurrenz und die führt abstrakt zur Geltung der stärksten Schranke.

621 Ch.Starck, in, v.Mangoldt/Klein, 3.Aufl.,S.128.

622 Ein weiteres Argument, das aber in der praktischen Anwendung sehr schwierig ist, ist die Schutzzweck- und Gefährdungsbetrachtung bei Herzog, a.a.O., Art.5 Rn. 38. Nach dieser Ansicht sollen Grundrechtsschranken und Gesetzesvorbehalt "Verhaltensweisen im Auge (haben), von denen bei Ausübung von Grundrechten Gefahren auf Dritte oder auf die Gesamtheit ausgehen können. ... (Dies) verlangt eine sorgfältige Analyse der Gefahrenlage, um deren Bekämpfung es im konkreten Falle geht. Je nachdem sind die in concreto anwendbaren Grundrechtsschranken bzw. Gesetzesvorbehalte auszuwählen"

623 *Gegen* Hierarchien ist eingewandt worden, daß der Grundsatz der Einheit der Verfassung eine Gleichrangigkeit der Grundrechte verlange. F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.157 unter Hinweis auf W.Rüfner, Grundrechtskonflikte, S.462.

624 H.v.Mangoldt/F.Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1966, 2.Aufl., 1. Band, Vorbem. B XV 2b (s. 126 ff).

625 F.Klein, in v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1.Band, 1966, S. 87 ff.

626 Zu den Begriffen des K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1995, Rn. 303 ff.

627 W.Berg, a.a.O., S.110.

Die Einordnung anhand der „abstrakten Grundrechtsstärke“<sup>628</sup> vernachlässigt die Wechselwirkung von „Gesetzesvorbehalt und hiervon Gebrauch machenden einfachgesetzlichen Rechtsnormen“.<sup>629</sup> Ohne Einbeziehung der konkreten, den Gesetzesvorbehalt ausfüllenden Regelungen ist eine Beurteilung der Intensität des Grundrechtsschutzes nicht möglich.<sup>630</sup> Es bedarf also des Abstellens auf den „effektiven Garantiefbereich“.

Selbst wenn man diesem Argument die Bedenken einer einfachgesetzlichen Interpretation von Verfassungsrecht entgegenhalten könnte, überzeugt ein anderes: Die formale Ausgestaltung der Schranken ist nicht proportional zur Wertigkeit der betroffenen Grundrechte<sup>631</sup>. So steht das Recht auf Leben (Art.2 Abs. 2 GG) unter einfachem, die Freiheit der Kunst unter keinem Gesetzesvorbehalt. *Die formale Kategorisierung anhand der Gesetzesvorbehalte überzeugt deshalb nicht.*

(2) *Materielle Hierarchien.* Auch hier sind mehrere Ansätze zu unterscheiden.

(a) Materielle Hierarchien<sup>632</sup> sollen nach einer Ansicht dann vorliegen, wenn ein

*„Grundrecht eine schon allgemein geschützte Aktivität besonders schützt“*,<sup>633</sup>

und damit den Vorrang genießt.

So sollen Freiheitsverbürgungen, die in der Regel *beruflich* wahrgenommen werden, *nur* nach diesen besonderen Grundrechten geschützt werden.<sup>634</sup> Das hätte zur Konsequenz, daß Werbung – wie der BGH es ohne Begründung tut – nur durch Art.5 Abs. 1 GG geschützt wird. Art. 12 GG hätte dann nur eine Auffangfunktion für die Formen von Werbung, die Art. 5 GG nicht zuzuordnen sind. Damit wird aber die grundsätzliche Akzessorietät von Sprache und Tun innerhalb des Marketing-Mix nicht beachtet.

(b) Ein weiterer Ansatz ist die Ermittlung einer

---

628 L.Fohmann, EuGRZ 1985, 49,53.

629 a.a.O.

630 L.Fohmann, EuGRZ 1985, 49,58. Die Kritik dieser abstrakten Betrachtung durch L.Fohmann überrascht, weil sein Vorschlag einer Kategorisierung nach Positiv- und Negativanwendungsfeld auch formal ist. Allerdings wird die Entscheidung in einem "offenen Argumentationsprozeß" getroffen.

631 J.Lücke, Die Berufsfreiheit, S.46.

632 Versuche einer kombinierten materiellen und formalen Betrachtungsweise zur Etablierung einer Werteordnung macht Berg, S.99-111.

633 Ch.Starck, a.a.O., S. 128.

634 Ch.Starck, a.a.O.

„von der Verfassung vorgegebenen Unterscheidung zwischen *sozial relevanter* und *mehr individueller* Freiheit“.<sup>635</sup>

Bei der Meinungsfreiheit soll die Möglichkeit in Kontakt mit anderen zu treten, die soziale Bedeutung dieser Freiheit erhöhen und umgekehrt die Kunstfreiheit wegen der begrenzten Anzahl der Adressaten dieser besonderen sozialen Bedeutung entbehren. Dieser Versuch einer Hierarchienbildung, *die die Anzahl potentieller Adressaten der Grundrechtsausübung für maßgeblich erachtet*, kann nicht überzeugen.

Rundfunkwerbung wäre dann sozial relevanter und schutzwürdiger als Kunst in einer Galerie oder eine Rede vor einer kleinen Versammlung – ein Ergebnis, das angesichts eines demokratisch abgesicherten Minderheitenschutzes und angesichts des qualitativen Wortlauts der Grundrechte nicht überzeugt.

(3) *Kritik an Hierarchien*: Inwieweit kommt bei einer Abwägung die „schwächere Schranke“ zur Anwendung. Ein weiteres Argument *gegen* die Hierarchienbildung besteht in der fehlenden Antwort, *inwieweit* dann die schwächere Schranke angewandt werden soll.

Unter „schwächster“ Schranke soll die Schranke verstanden werden, die am ehesten den Eingriff rechtfertigt.

Grundsätzlich stellt sich das Begründungsproblem, wieso ein „Mehr“ an einschlägigen Grundrechtsgarantien zu einem „Weniger“ an Grundrechtsschutz führen soll.<sup>636</sup> Hier wird eine Parallele zur Wechselwirkungslehre, die das BVerfG für das Verhältnis „allgemeiner Gesetze“ zur Meinungsfreiheit entwickelt hat, herangezogen. *Die erweiterten Eingriffsbefugnisse durch das Zusammentreffen mit einem schwächeren Grundrecht seien wie „allgemeine Gesetze“ zu behandeln*.<sup>637</sup>

„Das bedeutet *in der Regel*, daß sie hinzunehmen sind, wenn auch im *Einzel-fall* die Möglichkeit besteht, sie *nicht anzuwenden*“<sup>638</sup>.

*Gegen diese grundsätzliche Maßgeblichkeit der schwächsten Schranke* könnte zwar ein von der Literatur in Anspruch genommener „Leitsatz“ des

---

635 W.Berg, a.a.O. Für diese Ansicht wird Klein, in: v.Mangoldt/Klein, Vorbem. B XV 2b von I.v.Münch, Grundgesetzkommentar, Vorb.Art.1-19,Rn.43 in Anspruch genommen. In der Fundstelle wird aber deutlich, daß Klein auch eine Erweiterung des Grundrechtsschutzes als mögliches Abwägungsergebnis ansieht (so auch gesehen von W.Rüfner, Grundrechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe zum 25jährigen Bestehen des BVerfG, 1976, S.453, 477 Fn.123. Zuzugeben ist allerdings daß die von Klein behandelten Grundrechtsbestimmungen *praktisch* durch die Anwendung seines Ansatzes eine Verminderung ihres Schutzes hinnehmen mußten (Klein, a.a.O., Anm. III 5 a zu Art.4, Anm. III 8 b zu Art.6, Anm. IV 2 b zu Art.8; vgl. Berg, a.a.O., S.55 Fn. 636 in diesem Sinne P.Lerche, in: J.Isensee/P.Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VI., § 122 Rn.48.

637 W.Rüfner, Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, Der Staat (1968), 41,58.

638 a.a.O.

Grundrechtsteils unserer Verfassung, *die Vermutung für die Freiheit*, sprechen<sup>639</sup>. Die Aussagekraft eines solchen Leitsatzes unterstellt, reicht er sicher nicht für die Ausdifferenzierung des Grundrechtsschutzes im Detail, weil die Freiheit des einen oft auch die Unfreiheit des anderen bedeutet. *Einen „elementaren Verfassungsgrundsatz, daß ein vorbehaltlos verbürgtes Grundrecht nicht den Schranken anderer Grundrechte unterworfen werden darf“<sup>640</sup>, gibt es nicht.*

cc) Verfahrensrechtliche Lösung

Der Freiheitscharakter der Grundrechte erstreckt sich auch auf das *Verfahren* ihrer Geltendmachung. Wenn dem Grundrechtsträger mehrere Grundrechte zur Verfügung stünden, könne er sich wie bei der *Anspruchsgrundlagenkonkurrenz* im Zivilrecht die ihm genehme, stärkere Anspruchsgrundlage aussuchen.<sup>641</sup> Das Hauptargument gegen die Übertragung dieser aus der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewonnenen Argumentation sind die Unterschiede zum Verfassungsrecht, das in wenigen Grundrechtsartikeln nach hier vertretener Ansicht eindeutige Zuordnungen verlangt.<sup>642</sup> Die Selbständigkeit, die eine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz bei den einzelnen Anspruchsgrundlagen voraussetzt, ist bei den Grundrechten der Verfassung, die sich zu einer Rahmenordnung des Lebens ergänzen und verdichten, nicht gegeben. Selbst wenn man dieser grundsätzlichen Ablehnung nicht folgen würde, gibt das Modell der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz keine befriedigenden Antworten für den verfassungsrechtlichen Schutz der Werbung.

So wird von einem *Koordinatennetz* des verfassungsrechtlichen Werbungsschutzes<sup>643</sup> gesprochen, nicht aber vom *parallelen* Schutz der Werbung in mindestens zwei Grundrechten. Damit besteht bei einer ins Belieben des Grundrechtsberechtigten gestellten Auswahl des geltend gemachten Grundrechts die Gefahr, daß die Wertigkeit des *gemeinsamen Betroffenseins mehrerer Grundrechte* verloren geht.

---

639 Nachweise bei W.Berg, a.a.O., S.81 Fn.201. P.Schneider, In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Band II, 1960, S. 263 und zur allgemeinen Kritik, Denninger, vor Art. 1 Rn. 12, Fn. 19 m.w.N., in: "Alternativkommentar".

640 J.Würkner, Effektivierung des Grundrechtsschutzes durch Grundrechtskumulation, DÖV 1992, 150, 152.

641 M.Lepa, Grundrechtskonflikte, DVBl. 1972, S.161(165).

642 Die Parallele zum Zivilrecht ist aus systematischen Gründen nicht überzeugend. Das Zivilrecht geht vor allem im Bürgerlichen Gesetzbuch durch die Trennung in verschiedene Anspruchsebenen von Anspruchsgrundlagenkonkurrenz aus. So ist ein Ergänzungsverhältnis von dinglichen, vertraglichen und deliktischen Ansprüchen sachlich gerechtfertigt, weil sie unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen und andere Rechtsfolgen haben. Das schließt aber auch im Zivilrecht *nicht* aus, daß im Interesse der Systemgerechtigkeit das Nebeneinander dieser Anspruchsebenen verengt wird wie etwa bei der Beschränkung der vertraglichen Gewährleistungshaftung beim Werkvertrag auf nahe Mangelfolgeschäden, um die deliktischen Anforderungen an "Verschulden" (Produkthaftpflicht) und die Darlegungslast nicht zu konterkarieren.

643 P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S. 85 ff.

*Ein Ansatz, der den Problemen der Auffindung der spezielleren Norm ausweicht, ist die Zuordnung des Werbungsschutzes als Wirkungsverbund.*

c) *Grundrechtlicher Wirkungsverbund*

Der „grundrechtliche Wirkungsverbund“ unterscheidet sich von den bisher geschilderten Ansätzen dadurch, daß er die Beurteilung der Konkurrenzlage durch die Zuweisung (der Werbung) an *ein* Grundrecht oder *eine* Grundrechtsschranke ablehnt. Die Konkurrenzlage wird als unauflösbar angesehen und deshalb findet eine Verschmelzung der einschlägigen Grundrechte und ihrer Schranken – gegebenenfalls zu einer Regel, die der Rechtsanwender bildet – statt.

Bei der Werbung ist dieser Ansatz naheliegend, wenn man nicht einen nur berufsfreiheitlichen Schutz bejaht. Dem Charakter der Werbung als Bestandteil der Berufsausübung wie der Information oder Kommunikation wird dann durch *die grundsätzliche Einschlägigkeit beider Grundrechte Rechnung getragen.*

Ein grundrechtlicher Wirkungsverbund für einen Schutz der Werbung *in Art. 12 und 5 GG* überzeugt unter zwei (alternativen) Voraussetzungen:

(1) *Minderung des meinungsfreiheitlichen oder Mehrung des berufsfreiheitlichen Garantiebereichs für die Werbung.* Das ist die Konstellation, wenn man die werbliche „Meinung“ weniger als andere Meinungen oder die Berufsausübung via Werbung mehr als andere Politiken des Marketing schützen will. Der „Wirkungsverbund“ ist dann die Rechtfertigung einer Differenzierung im Schutzbereich, die dann im effektiven Garantiebereich umgesetzt wird. Die Einschlägigkeit von Art. 12 GG oder Art. 5 GG müßte dann im Wege einer Schwerpunktbetrachtung erfolgen, die wegen der strategischen Verknüpfung im Marketing-Mix wohl zu einer Einschlägigkeit von Art. 12 GG führen würde.

(2) *Aliud-Charakter von Kommunikations- und Informationsmodell.* Wenn man Art. 12 GG und Art. 5 GG nicht als unterschiedlich starke, aber im wesentlichen gleichförmige Gewährleistungen für den Schutz von Sprache auffaßt, sondern ihnen unterschiedliche Bewertungen von Sprache zuweist, dann könnte durch den Wirkungsverbund eine Berücksichtigung unterschiedlicher Kommunikations- und Informationsmodelle begründet werden.

Für die unter dem Verdikt der „Leistungswettbewerbswidrigkeit“ stehenden Werben zum Öko- und Socialsponsoring (Fall IV und V) könnte dann geltend gemacht werden, daß der meinungsfreiheitliche Wahr(haftigkeits)grundsatz („Kommunikationsmodell“) eine Zulässigkeit der Sprache über zulässige Zugaben und zulässiges Sponsoring verlangt. Das „Informationsmodell“ des Art. 12 GG, das grundsätzlich Sprache nur soweit zuläßt, wie sie für die Lenkung dienlich ist, würde so verändert werden können.

Von diesen beiden, hier gewählten Ansätzen, unterscheidet sich die Ansicht von *Jürgen Schwabe, der mit dem Wirkungsverband von Grundrechten vor allem die abstrakte<sup>644</sup> Stärkeidentität* sämtlicher Grundrechte begründen will.

aa) These der Stärkeidentität von Art. 5 und 12 GG

Das Beispiel, das genannt wird, ähnelt dem Werbungssachverhalt in Fall I („Ölverschmutzte Ente“), der Bezug zu Kunst und Berufsausübung hat.

Die Berufsausübung mit Mitteln der Kunst wird als eine *Schnittmenge* qualifiziert, die die Zuordnung *zum einen oder anderen Grundrecht* (Tatbestands- und Rechtsfolgenspezialität) *ausschließt*. Die Kombination beider Grundrechtsbereiche führte dann zu einer anderen Bewertung („effektiver Garantiebereich“) der künstlerischen Berufsausübung im Vergleich zu der Berufsausübung ohne Kunst oder der Kunst ohne Berufsausübung.

Auf die Werbung übertragen, müßte Werbung im Beruf (kommerzielle Sprache) anders bewertet werden, als „Berufsausübung ohne Werbung“ (etwa Distributionspolitik<sup>645</sup>) oder „Werbung ohne Berufsausübung“ (etwa ideelle Sprache).

Nach Schwabes Lösung<sup>646</sup> bedarf es eines Rückgriffs auf Art.5 Abs.3 GG nicht, weil die „künstlerische Berufsausübung“ bereits im Rahmen von Art.12 Abs. 1 GG berücksichtigt werden *könne* – und zwar beim effektiven Garantiebereich.

So sei anerkannt- so Schwabe 1977 -, daß es unterschiedlich geschützte Berufe, wie etwa des Arztes und des Kaufmanns gäbe.<sup>647</sup>

Die Auffassung, daß der effektive Garantiebereich des Art. 12 GG der Kunst oder dem informations- oder meinungsfreiheitlichen Gehalt der Werbung Rechnung tragen *kann*, soll nicht bestritten werden. Unklar bleibt, weshalb nicht Art. 5 Abs. 3 GG mit den gleichen Argumenten einschlägig sein könnte, wenn eine besondere Berücksichtigung der Steuerungsinteressen, die Art. 12 GG zuläßt, erfolgte. Unklar bleibt weiter, *inwieweit* eine besondere Berücksichtigung künstlerischer Berufsausübung (im Beispiel Schwabes) oder Berufsausübung mit Werbung erfolgen *soll* oder *muß*. Deutlich wird die Ablösung dieser Ansicht vom Wortlaut

---

644 Abstrakt im Sinne von "ohne Einzelfallprüfung".

645 BVerfGE 38, 373, 383 f zur Regelung über Rezeptsammelstellen.

646 J. Schwabe, a.a.O., S.362 "So ist es eine Selbstverständlichkeit, daß dem Arztberuf gegenüber mancher Eingriff unterbleiben muß, der beim Beruf des Kaufmanns oder auch des Journalisten (hier: ungeachtet des Art.5 I 2) zulässig ist".

647 Der Ausgangsthese Schwabes, daß auch durch eine *Verhältnismäßigkeitsprüfung* der künstlerischen Berufsausübung Rechnung getragen werden könne, ist entgegenzuhalten, daß gerade die von ihm als selbstverständlich unterschiedliche Behandlung der freien Berufe bei der Werbung gegenüber den Kaufleuten heute (1998) in Frage steht. J.Schwabe, a.a.O., S.398 zitiert als weiteres Beispiel den Privatgelehrten, der durch Art.5 Abs.3 GG geschützt ist und auf der anderen Seite den Berufsforscher, auf den *auch* Art.12 Abs. 1 GG zutrifft. Dem Berufsforscher soll bei "sachgerechtem Einsatz des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit keine einzige Beschränkung in der Forschung auferlegt werden, die nicht auch bei dem Privatgelehrten erlaubt wäre" (mit der Ausnahme einzelner gesonderter Nebenpflichten, die auf den Aspekt "Beruf" zielen)

der Verfassung bei der Behandlung der strukturellen Unterschiede von grundrechtlichen Gewährleistungen.

Dem Einwand, bei der Idealkonkurrenz von Art. 5 Abs.1 S.2 GG und Art.12 GG für Rundfunkveranstaltungen, *entfielen der institutionelle Aspekt von Art.5 Abs.1 S.2 GG*, hält Schwabe entgegen, so er benötigt werde, *könne er auch aus Art. 12 GG entwickelt werden*.<sup>648</sup>

Diese, ohne Legitimation und Nutzung des Wortlauts der *auch* einschlägigen Grundrechtsnorm konstruierte Ergebnis, ist die größte Schwäche der Argumentation Schwabes.<sup>649</sup> Schwabe selbst zieht – vermutlich deshalb – die Konsequenz aus seinen Ausführungen zur Ergebnisformbarkeit des effektiven Garantiebereichs *eines* der jeweils einschlägigen Grundrechte nicht. Vielmehr schlägt er die Prüfung der Grundrechte *in einem Wirkungsverbund* vor, wobei die Heranziehung *aller* einschlägigen Grundrechte zur Herausarbeitung der Schutzgüter, des Zwecks und der Grundrechtsträgerschaft *einer* (zu fragen ist welcher) Norm verwendet werden kann.<sup>650</sup> Damit stellt er seine Behauptung der abstrakten Stärkeidentität aller Grundrechte auch *prozedural* wieder in Frage. Festzuhalten ist aufgrund seiner Überlegungen zweierlei:

- (1) *Werbung als privilegierte Form der wirtschaftlichen Betätigung*. Es ist zu prüfen, inwieweit, wenn man Werbung in Art. 12 GG schützt, bereits in Art. 12 GG der Bedeutung von Kommunikation im Kontext wirtschaftlicher Betätigung Rechnung getragen werden kann.
- (2) *Unterschiedlicher meinungsfreiheitlicher Schutz der Werbung von In- und Ausländern*. Wenn man den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung bejaht, dann muß auch die Frage beantwortet werden, ob im Rahmen der Meinungsfreiheit zwischen Meinungen und werblichen „Meinungen“ inländischer und ausländischer Werbetreibender (natürlicher und juristischer Personen) im effektiven Garantiebereich unterschieden werden muß. Die Verschmelzung zum Wirkungsverbund bewirkt, daß die werbliche Meinungs- und Berufsausübungsfreiheit (Wirkungsverbund) sich von der Meinungsfreiheit in der Grundrechtsträgerschaft unterscheiden können.

Nach Ablehnung der Meinung Schwabes stellt sich weiterhin die Aufgabe nach den Unterschieden der effektiven Garantiebereiche der Meinungs- und Berufsfreiheit.

bb) Unterschiedliche Stärke bei Fehlen des „allgemeinen Gesetzes“

*Nur für den Fall, daß es an der formalen „Allgemeinheit“ des einschränkenden Gesetzes im Sinne von Art.5 Abs.2 GG fehlt, ist die Verfassungswidrigkeit unter meinungsfreiheitlichen Gesichtspunkten ohne Abwägung zu bejahen*.<sup>651</sup> Für diesen Fall ist Art.5 GG als „stärkeres“ Grundrecht zu qualifizieren. Die Verneinung des Charakters eines allgemeinen Gesetzes erfolgt in der BVerfG-

648 J.Schwabe, a.a.O., S.366.

649 So von ihm selbst auch vorsichtig eingeräumt (J.Schwabe, S.446).

650 Schwabe, a.a.O., S.364, 366.

651 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S.173.

Rechtsprechung seltenst<sup>652</sup>, so daß es auf die Abwägung im Rahmen des Wechselwirkungsansatzes ankommt. Hier hat das BVerfG in der Vergangenheit § 1 UWG als „allgemeines Gesetz“ qualifiziert.<sup>653</sup>

cc) Unterschied zwischen Regelungs- und Beschränkungsvorbehalt

Formal untersteht die Berufsausübung dem Regelungsvorbehalt des einfachen Gesetzes (Art.12 Abs.1 S.2 GG), die Meinungsfreiheit der Einschränkung durch ein allgemeines Gesetz (Art.5 Abs.2 GG). Die Berufsausübung kann deshalb durch Gesetz *geregelt*, die Meinungsfreiheit nur durch Gesetz *eingeschränkt* werden.<sup>654</sup>

In der Praxis ist dieser Unterschied zwischen Regelungs- und Einschränkungsvorbehalt wenig markant, weil seit Geltung des Grundgesetzes anerkannt ist, daß Grundrechte unmittelbar, und nicht Kraft, einfachgesetzlicher Umsetzung<sup>655</sup> gelten. Deshalb wird auch das die Berufsausübung regelnde Gesetz selbst an der Berufsausübungsfreiheit<sup>656</sup> gemessen und hat wegen der Normenhierarchie nicht die Macht, die Berufsausübungsfreiheit *zu begründen*.

dd) „Hinreichende Gründe des Allgemeinwohls“ bei Art. 12 GG statt dem „Wechselwirkungsansatz“

In Erinnerung gerufen sei die Dreistufentheorie des BVerfG<sup>657</sup> in der frühen Apothekenentscheidung, die eine spezielle Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>658</sup> ist. Sie unterscheidet grundsätzlich

- *Berufsausübungsregelungen*, die durch – die Terminologie ist hier nicht immer deckungsgleich – „*hinreichende*“ (oder *vernünftige Gründe*<sup>659</sup>) *des Allgemeinwohls*“ gerechtfertigt werden, wenn die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich sind und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenzen der Zumutbarkeit noch gewahrt sind (BVerfGE 30, 292, 316; 61, 291, 312).<sup>660</sup>

---

652 Werbungseinschränkende Gesetze sind in aller Regel "allgemein" im Sinne der herrschenden Meinung. Formal anders nur die Begründung in BVerfGE 21, 271, 280 zu "§37 Abs.2 AVAVG", in der ein allgemeines Gesetz mit einigem Begründungsaufwand (281) verneint wurde.

653 Dazu siehe im 3.Kapitel 6 c).

654 Siehe die Darstellung von Meinungen, die Freiheitsbeschränkungen nur dem Wortlaut der jeweiligen Grundrechtsbestimmung entnehmen wollen, und solchen, die eine kodifizierte Schrankensystematik des Grundrechtsteils ablehnen, bei W.Berg, Konkurrenzen schrankendivergener Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, 1968, S.10-29.

655 Deshalb spricht das BVerfG in jüngeren Entscheidungen vom "Gesetzesvorbehalt", BVerfGE 54, 224 (234), 54, 237 (246).

656 Zum Schutz der Berufsausübungsfreiheit, die wörtlich nicht in Art.12 Abs.1 S.1 GG enthalten ist, J.Lücke, Die Berufsfreiheit, Eine Rückbesinnung auf den Text des Art.12 Abs.1 GG, 1994, S.8.

657 BVerfGE 7, 377, 405 f. Zur Dreistufentheorie und ihrer Beziehung zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vergleiche auch die Nachweise bei J.Lücke, Berufsfreiheit, 1994, S.5 Fn.30

658 BVerfGE 46, 120, 138.

659 BVerfGE 7, 377, 405; BVerfGE 7, 377 f im Leitsatz: "*vernünftige Gründe des Allgemeinwohls*"; So auch BVerfGE 16, 286, 297; BVerfGE 46, 246, 257:

660 Ständige Rechtsprechung BVerfGE 68, 155, 171 bis BVerfGE 95, 173, 183.

- und Einschränkungen der *Berufswahl* (Art. 12 Abs. 1 S.1 GG), die weiter in *subjektive*<sup>661</sup> und *objektive Berufszulassungsschranken* unterteilt werden, die nur zu rechtfertigen sind, wenn der „*Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter dies zwingend erfordert*“. Objektive Berufszulassungsschranken sind nur gerechtfertigt, wenn „die Abwehr *nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut* diesen Eingriff in die freie Berufswahl legitimieren können.“<sup>662</sup>

Die Dreistufentheorie wird in der Literatur<sup>663</sup> als in der Verfassung selbst nicht enthaltene – Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG erwähnt nur die Berufsausübung<sup>664</sup> – Kategorisierung kritisiert, Die Praktikabilität einer zutreffend angewandten<sup>665</sup> Zwei-<sup>666</sup> oder Dreistufentheorie rechtfertigt nach hier vertretener Ansicht die Kategorisierung, wenn auch im Einzelfall Feinjustierungen erfolgen können und müssen. Diese hat das BVerfG zum einen dadurch vorgenommen, als es Berufsausübungsregelungen, die in ihrer Wirkung einer objektiven Berufszulassungsbeschränkung nahekommen, höheren Voraussetzungen unterworfen hat<sup>667</sup> und zum anderen dadurch, daß das Gericht selbst die Schwierigkeit der Trennung der Stufen erkennt:

„Zwischen den einzelnen Garantien von Art. 12 Abs. 1 GG ist keine klare Grenzziehung möglich. Art. 12 Abs. 1 GG formuliert *ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit*, dessen verschiedene Gewährleistungen allerdings *insoweit Bedeutung haben*, als an die Beschränkungen von Berufs- und Arbeitswahl höhere Anforderungen gestellt werden, als an die Einschränkung der Berufsausübung

661 BVerfGE 7, 377, f Leitsatz 6 und S. 406 verlangt eine Unterscheidung von Regelungen der Berufsausübung und Beschränkungen der Berufswahl, die nur dann gerechtfertigt sind, wenn der "Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Bei der Berufswahl werden nach dem BVerfG subjektive und objektive Berufszulassungsschranken unterschieden. BVerfGE 69, 109, 218.

662 BVerfGE 7, 377, 408.

663 F.Hufen, Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913, 2915 f; H.Lecheler, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985) 48, 58 ff mit der Aufforderung, die Inhaltsleere der Stufentheorie durch die Erhöhung der Argumentationslast des Gesetzgebers abzuschwächen. Siehe die abgestufte Rechtsprechungsanalyse von B.Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S.58 der zwischen Regelungen der Berufsausübung unterscheidet, die sie generell und empfindlich treffen und deshalb der "behinderten Freiheit vorrangige Gemeinschaftsgüter" verlangt und sonstige Regelungen der Berufsausübung, die bei zweckmäßiger Verwirklichung jeder vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls verfassungsgemäß sind

664 Zur Notwendigkeit in den fünfziger Jahren die Regelungskompetenz der Berufsausübung auf die Berufszulassung zu erstrecken, H.Lecheler, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985) 48, 56.

665 So auch K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1995, Rn. 423.

666 Die Dreistufentheorie kehrt so zu ihrem Ausgangspunkt, der Apothekenentscheidung, zurück und verengt sich auf eine "*Zweistufentheorie*", nämlich der Gegenüberstellung von Beschränkungen der Berufsausübung und der Berufswahl. So auch BVerfGE 97, 12, 26 "Patentüberwachung" 96, 152, 163; 96, 171, 181; 96, 189, 197; 96, 205, 211; BVerfGE 93, 213, 235 f "Rechtsanwaltszulassung". Um eine Änderung in der materiellen Beurteilung

667 BVerfGE 11, 30, 44 f "so ist sie nur gerechtfertigt, wenn sie durch besonders wichtige Interessen der Allgemeinheit gefordert wird, die anders nicht geschützt werden können." BVerfGE 30, 292, 313; BVerfGE 61, 291, 311 "Tierpräparator".

(BVerfGE 7, 377, 400 ff) Für erstere *sind zwingende Gründe des Gemeinwohls erforderlich*.<sup>668</sup>

Der Gegensatz zwischen „*hinreichenden Gründen*“ bei der Berufsausübung und „*zwingender Gründe*“ bei der Berufswahl erscheint zunächst sehr hoch; vor allem dann, wenn man den *unterschiedlichen Prognose- und Beurteilungsspielraum*<sup>669</sup> und die *unterschiedliche Gestaltungsfreiheit*<sup>670</sup> des Gesetzgebers in eine Gleichung einbezieht.

Grundsätzlich gilt, daß der Gesetzgeber im Bereich der Berufsausübung „*inhaltlich um so freier ist* (erg. ist), als er sich auf *das Gebot rein technischer, von der Sache her gebotener und schon darum den Berufsangehörigen zumutbarer Regelungen beschränkt*; er ist um so *stärker gebunden, je mehr er in die allgemeine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Unternehmens eingreift*“.<sup>671</sup>

Das BVerfG hat in seiner jüngsten „Apothekenwerbungsentscheidung“<sup>672</sup> die Argumentationslast für die Einschränkung der Werbung spezifiziert und für diese Berufsausübungsregelung inhaltlich detaillierte Vorgaben gemacht. Die sehr weitgehende Beschränkung des Einsatzes von Werbemitteln (Größe und Häufigkeit der Werbeanzeigen) und das Verbot des Sponsoring sind nur dann durch

„*ausreichende Gründe des Gemeinwohls* gerechtfertigt..., wenn die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks *geeignet* und auch *erforderlich* ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist...“<sup>673</sup>

### **(1) Schutz der Integrität des Berufsstandes durch Werbebeschränkungen als**

„*ausreichender Grund*. Das BVerfG hat 1996 noch einmal festgeschrieben, daß „Werbeverbote und Werbeeinschränkungen der freien Berufe“ zur Förderung des

„Vertrauens der Bevölkerung in die berufliche Integrität (der Apotheker<sup>674</sup>)“<sup>675</sup>

gerechtfertigt werden können, weil sie

„das berufliche Verantwortungsgefühl (erg. der Apotheker) ebenso stärken wie das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Berufsstand“.

---

668 BVerfGE 92, 140, 151 zu im Einigungsvertrag vorgesehenen Sonderkündigungstatbeständen.

669 Nur bei Eingriffen in die Berufswahl müssen die Gefahren für das Allgemeinwohl *„nachweisbar oder sehr wahrscheinlich sein“* (BVerfGE 7, 377, 408);

670 BVerfGE 7, 377, 402 *„Inhaltlich ist sie um so freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, um so enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berührt.“* BVerfGE 7, 337, 405 f; 13, 237. 241; 81, 156, 189 allgemein zur Berufsausübung und BVerfGE 46, 120, 145 zur größeren Gestaltungsfreiheit bei nur mittelbaren Regelungen der Berufsausübung.

671 BVerfGE 25, 1, 12.

672 BVerfGE 94, 372; siehe dazu bereits 3.Kapitel III 5.

673 BVerfGE 94, 372, 390.

674 BVerfGE 76, 171, 205 ff für Rechtsanwälte; BVerfGE 71, 162, 172 für Ärzte;

675 BVerfGE 94, 372, 391.

Diese Hoffnung auf die psychologische Wirkung der Werbebeschränkungen bei den Apothekern wie bei den Kunden ist auch nach dieser Entscheidung noch ein Charakteristikum des *Berufsbilds* der „freien Berufe“.

Bei den Apothekern ist der Bezug zur Arzneimittelversorgung (Gesundheit) der Bevölkerung ausschlaggebend.

(2) *Unzumutbarkeit des generellen Verbots von bestimmten Werbeträgern und -mitteln.*

Die berufsfreiheitliche Rechtsprechung ist schon soweit „informationsfreiheitlich“ sensibilisiert, daß sie vielleicht noch die *Geeignetheit* eines *Verbots der Benutzung bestimmter Werbemittel* (Flugblätter, „Werbebriefe“) zur Erreichung des Zwecks – Schutz der Selbstverständnisses und des Ansehens der Berufsangehörigen – bejahen könnte; die Grenze der *Zumutbarkeit* ist aber dann überschritten, wenn die Berufsordnung

„keinen Raum für eine Prüfung der konkreten Werbung läßt.....Setzt das Werbeverbot allein an der Form der Werbung an, schwächt sich die Beziehung zum rechtfertigenden Gemeinwohlbelang ab. Aus dem Werbeträger unmittelbar auf eine Gefährdung der Arzneimittelversorgung oder mittelbar auf einen Schwund des Vertrauens der Öffentlichkeit in die berufliche Integrität der Apotheker zu schließen, ist schwerlich möglich, solange sich die Werbemittel im Rahmen des Üblichen bewegen.“<sup>676</sup>

Diesem Gebot *der Berücksichtigung der einzelnen Werbung* müssen sich in Zukunft (standesrechtliche) Werbeverbote, die pauschal die Benutzung bestimmter Werbeträger, wie des Rundfunks untersagen wollen,<sup>677</sup> stellen.

(3) *Berufs- und wettbewerbsfreundliche Auslegung der Berufsordnung.* Das BVerfG intensiviert in dieser Entscheidung den früher bereits hervorgehobenen Rang des Art. 12 GG, der eine „grundsätzliche Freiheitsvermutung“<sup>678</sup> beanspruchen kann. Werbeverbote und -beschränkungen mögen grundsätzlich (*noch*) geeignet sein, ein Berufsbild zu wahren, das für die Qualität der wirtschaftlichen Betätigung von Bedeutung ist und das durch den (Teil-)Verzicht auf kommerzielle Sprache, insbesondere Werbung, konturiert wird. Es gelten mehrere Voraussetzungen:

(a) *Dynamische Auslegung unter Einbeziehung der Werberealität.* Wenn das Standes(-Recht) die „marktschreierische oder reklamehafte Werbung“ untersagen will,<sup>679</sup> dann muß es die *Faktizität* der Werbung *in der Gegenwart* ermitteln und gegebenenfalls überholte Auffassungen korrigieren:

---

676 BVerfGE 94, 372, 392.

677 Wie etwa § 34 Abs. 3 der Berufssatzung der Wirtschaftsprüferkammer WPK-Mitt.1996, 176, 182.

678 BVerfGE 77, 84, 113; 63, 266, 286.

679 3.Kapitel.

„Welche Werbeformen und welche Häufigkeit der Werbung als üblich, angemessen oder als übertrieben bewertet werden kann, unterliegt *zeitbedingten Veränderungen*. Hier haben die Berufsgerichte *dem Wandel im Werbeverhalten des Handels Rechnung* zu tragen. *Denn durch dieses Verhalten ändern sich die Wahrnehmungsfähigkeit und Wahrnehmungsbereitschaft der Verbraucher und damit auch die Beurteilung der Frage, welche Werbung übertrieben ist.*“

Das BVerfG liefert auch den marktorientierten Vergleichsmaßstab:

„Insoweit können aus dem *Werbeverhalten der Verkaufsstellen für apothekenfreie Arzneimittel und demjenigen der Heilmittelhersteller Anhaltspunkte gewonnen werden*. Auch diese Gewerbetreibenden haben Belange der Arzneimittelversorgung und damit zugleich der Volksgesundheit zu berücksichtigen und müssen aus diesem Grunde mit gesteigerter Seriosität um Vertrauen in der Bevölkerung werben.“<sup>680</sup>

Das BVerfG legt hier eine rezipientenorientierte Bewertung der *Wirkung* von Sprache vor: dann wenn der Rezipient an Werbung gewöhnt ist, fällt die einzelne Werbung weniger auf, wie auch der Werbedruck, der auf dem Anbieter lastet, größer wird. Die Konkurrenz der nicht in der Werbung beschränkten Marktteilnehmer muß bei der Konturierung des Berufsbilds durch Sprachverzicht berücksichtigt werden.

**(b) Berücksichtigung des Konkurrenzarguments beim Berufsbild .**

„Der Apotheker ist nicht nur Angehöriger eines freien Berufs, sondern zugleich Kaufmann. Er steht hinsichtlich der apothekenfreien Arzneimittel und des Randsortiments im allgemeinen Wettbewerb und muß werbend auf sich aufmerksam machen dürfen.“<sup>681</sup> Mit ihrer Auslegung haben die Berufsgerichte die *durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gebotene berufs- und wettbewerbsfreundliche Auslegung* der Berufsordnung verfehlt. Sie haben nicht beachtet, daß Erwägungen zum Berufsbild an Gewicht verlieren, soweit Apotheker mit ihrem Warenangebot in Konkurrenz zu sonstigen Berufsgruppen stehen.“<sup>682</sup>

**(c) Berufsbild wird seinerseits – wie beim Wechselwirkungsansatz – auf die Schlüssigkeit der Wahrnehmung des Gemeinwohlinteresses überprüft.**

Die Prüfungsreihenfolge bei Art. 12 GG besteht aus dem Eingriff in den Schutzbereich, der Ermittlung des „Gemeinwohlinteresses“, der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Eingriffs für die Förderung des Gemeinwohlinteresses und der Prüfung der Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Das Gemeinwohlinteresse kann in der Wahrung der Qualität der Arzneimittelversorgung durch die Etablierung eines Berufsbilds bestehen. Dieses Berufsbild ist nach der BVerfG-Rechtsprechung *„kein Selbstzweck“*,

---

680 BVerfG 94, 372, 398.

681 BVerfG 94, 372, 393.

682 BVerfGE 94, 372, 397 unter Bezug auf BVerfGE 75, 166, 180 "Selbstbedienungsverbot".

„...sondern zum Schutz der Volksgesundheit entwickelt und aufrechterhalten worden... Das öffentliche Interesse, das das „Sonderrecht“ für Apotheken legitimiert, ist auf Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gerichtet; *darin müssen sich Beschränkungen der Berufsfreiheit messen lassen.*“<sup>683</sup>

Der Schutz der Konkurrenten ist nach dem BVerfG von diesem Berufsbild nicht mehr umfaßt

(4) *Berufsfreiheitlicher versus meinungsfreiheitlicher Schutz der Werbung bei Fall I („Ölverschmutzte Ente“)*. Die BVerfG-Apothekenwerbungsentscheidung verdeutlicht, daß die Sprache, die nach Art. 12 GG geschützt wird, immer für einen anderen Steuerungszweck, als den der Meinungsäußerung, utilitarisiert wird. Der Schutz von Sprache steht unter dem Vorbehalt des Ziels von staatlicher Steuerung und Rechtsgestaltung. Das gilt sowohl für die Äußerung von Sprache wie auch für den erzwungenen (teilweisen) Verzicht der Äußerung. So werden die Marktteilnehmer zum einen gezwungen zu sprechen,

wenn sie die Produkteigenschaften substantiieren müssen, und zum anderen wird ihnen verboten, zu sprechen,

wenn sie nicht übertrieben werben dürfen. Der Maßstab ist immer das *öffentliche Interesse*, das durch die *Wirkung* von Sprache beeinträchtigt werden könnte. Der Schutz des *Leistungswettbewerbs*<sup>684</sup> kann ein *ausreichender* Grund für die Einschränkung von Sprache sein, weil der Gesetzgeber eine Gestaltungsfreiheit genießt, an der auch die die Generalklausel konkretisierende Rechtsprechung teil hat. Der BGH hat in Fall I („Ölverschmutzte Ente“) gerade die Einschlägigkeit dieses Konkretisierungskriteriums „Leistungswettbewerb“ verneint<sup>685</sup> und allein auf die Ausnutzung der Sympathie für kommerzielle Zwecke – nämlich die Konturierung des Unternehmensimages – abgestellt. Diese Argumentation genügt nach hier vertretener Ansicht *nicht* der oben geschilderten Verpflichtung zur „wettbewerbsfreundlichen“ Auslegung. Diese hätte verlangt, daß Werbung nach der störenden Wirkung für den Wettbewerb, die Mitbewerber oder die Rezipienten und vielleicht die Allgemeinheit beurteilt wird (dazu unter V), nicht aber, daß ein Gericht darüber befindet, ob ein Unternehmen Sympathie suchen darf. Nach hier vertretener Ansicht fehlt es *deshalb bei der vom BGH gewählten* Argumentation *bereits an einem hinreichenden Grund; und hilfsweise an der Zumutbarkeit*

---

683 BVerfGE 94, 372, 395.

684 Siehe im 3. Kapitel V 6 f ff).

685 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2488 f: "Der Revision ist allerdings darin beizutreten, daß die Frage nach den Grenzen einer zulässigen Image-Werbung nicht allein unter dem Hinweis darauf gegeben werden kann, die Grundsätze des Leistungswettbewerbs seien verletzt". Der BGH stellt in der Entscheidung selbst nicht auf den "Leistungswettbewerb" ab.

Schwieriger wäre die Kritik an der BGH-Entscheidung, wenn sie sich bemüht hätte, deutlich zu machen, daß der Leistungswettbewerb grundsätzlich informative<sup>686</sup> Werbung verlangt und die Berühmung mit einem Umweltimage bei fehlenden, umweltschutzengagierten *Tun* des Unternehmens diesem Informationsgedanken widerspricht – anders als in den Fällen IV und V (Öko- und Sozialsponsoring) in denen dieses Tun erfolgte.

Die BGH-Entscheidung ist in ihrer Begründung auch nicht nach Art. 5 Abs. 2 GG zu rechtfertigen (dazu siehe unter ...). Fall I ist deshalb ein Beispiel dafür, daß nach hier vertretener Ansicht kein Verhältnis von stärkerer Schranke und schwächerer Schranke zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kategorisch anzunehmen ist, sondern daß divergierende Bewertungsmodelle zugrunde liegen können. Die Optionen für die Bewertungen im effektiven Garantiebereich sind bei beiden Grundrechten mannigfaltig:

**(a) Schutz kommunikationspolitischer Absatzstrategien durch Art. 12 GG.**

Man könnte der wettbewerbsfreundlichen Auslegung zufolge, jede Form der Werbung (produkt- oder imagezentriert-suggestiv) durch Art. 12 GG schützen, soweit *nicht ausgeschlossen ist*, daß sie die Berufsausübung fördert.

Ähnlich wie die Amerikaner auch die unsachliche vergleichende Werbung zulassen, könnte auch die nicht produktzentrierte, suggestive Umweltwerbung zulässig sein und der Offensive des Mitbewerbers überlassen bleiben.

- (2) Schutz der Information durch Art. 12 GG.** Das hier favorisierte Modell ist das Interesse an sachlicher Information,<sup>687</sup> das aber nicht ausschließt, daß suggestive Werbung betrieben wird. Bei suggestiver Unternehmenswerbung, die nicht über entsprechendes „Tun“ des Unternehmens“ informiert (Fall IV und V), könnte die Einschränkung sowohl mit einem weitgefaßten Argument des Leistungswettbewerbs in Verbindung mit dem Informationsinteresse der Rezipienten begründet werden.
- (3) Schutz der werblichen Information durch Art. 5 GG.** Dieses Modell könnte auch in Art. 5 Abs. 1 GG verankert werden, wenn man teleologisch damit argumentiert, daß die Suche nach Wahr(haftig)heit bei der kommerziellen Sprache dazu führt, daß vorrangig Tatsachen und nachrangig „Meinungen“ geschützt werden.
- (4) Schutz der werblichen „Meinung“ durch Art. 5 GG.** Dieses Modell wahrt die Affinität von Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG zur „Meinung“, indem gerade meinungsbildende Werbungen wie Fall I geschützt werden. Auch dann ist aber – mit der hier vorgeschlagenen Begründung – zu rechtfertigen, daß § 1 UWG als allgemeines Gesetz zum Schutz des Leistungswettbewerbs<sup>688</sup> verlangt, daß solche unsubstantiierten „Meinungen“, die die Chancengleichheit von Mitbewerbern, die durch ihr Tun umweltengagiert sind, gefährden, untersagt werden.

---

686 Auch wenn das BVerfG sich in der Entscheidung zur Apothekenwerbung nicht für ein solches Informationsmodell engagiert hat.

687 Siehe auch BVerfGE 82, 18, 28 zum Informationsinteresse bei der Mitteilung fachlicher Qualifikationen.

688 BVerfGE 85, 248, 263; siehe bereits im 3. Kapitel V 6 f ff).

Diese vier Modelle, die weiter ausdifferenziert werden könnten, haben den Vorteil, daß sie konkrete Überlegungen zu konkreten effektiven Garantiebereichen entwickeln. Die in diesem Abschnitt IV sonst geschilderten, abstrakt-dogmatischen Konkurrenzlehren versprechen gegenüber diesen konkreten Ab- und Erwägungen für das Verhältnis von Werbung als Meinung keinen weiteren Erkenntnisgewinn. Das gilt auch für den letzten zu diskutierenden Vorschlag, nämlich die Bildung einer neuen Schranke.

ee) „Konkurrenzschranke“

Die grundsätzliche Bejahung eines Wirkungsverbundes soll auch dazuführen können, daß unter harmonisierender Verschmelzung der beteiligten Schranken eine „neue“ Schranke ermittelt wird, die *gegebenenfalls nicht den im Wirkungsverbund beteiligten Grundrechten entspricht, also nicht ein „minus“ oder „maius“ sondern ein aliud.*<sup>689</sup> Entscheidend soll das Vorliegen einer „schutzbedingten“ oder „ungewollten Idealkonkurrenz“<sup>690</sup> sein. Letzere soll dann vorliegen, wenn

„das Nebeneinander von Grundrechten ...ersichtlich nur auf der Schwierigkeit oder der Nachlässigkeit des Verfassungs(gesetz)gebers, die Schutzbereiche der Grundrechte trennscharf voneinander abzugrenzen,“<sup>691</sup>

beruht, und dann auch zur Abwertung der stärksten Schranke führen<sup>692</sup>. Diese Kategorisierung hat den Nachteil, daß die Diskussion der einschlägigen Schranken durch eine Diskussion der Einschlägigkeit der jeweiligen Kategorie – „schutzbedingte“ oder „ungewollte“ Idealkonkurrenz – ersetzt wird.

Die Befürworter eines meinungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung werden eine *schutzbedingte* Idealkonkurrenz bejahen, weil Sprache mehr als Tätigkeit geschützt werden müsse; die Gegner können darauf abstellen, daß objektiv und subjektiv-historisch Werbung nicht Meinung war, und deshalb insoweit eine ungewollte Idealkonkurrenz *nicht* vorliegt.

d) *Berücksichtigung der Kumulation von Schutzgütern bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*

Ein weiterer Vorschlag will den Schutzbereich einzelner Grundrechte bei Konkurrenzlagen verstärken – wenn auch nicht schematisch addieren.<sup>693</sup> Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs soll die Prüfung des verstärkten Schutzbereichs in die Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation eingehen<sup>694</sup>.

---

689 J.Lücke, Die Berufsfreiheit, Eine Rückbesinnung auf den Text des Art.12 Abs.1 GG, 1994, S.45 für die Konkurrenzlage von Berufsausübungs- und Berufswahlfreiheit. M.Degen, S. 309 der bei der Pressefreiheit so zu kumulierten und harmonisierten, notwendigerweise fallbezogenen Schrankenkonturen gelangt.

690 J.Lücke, a.a.O., 1994, S.47.

691 J.Lücke, a.a.O., 1994, S.47.

692 solange der Eingriff nicht den Wesensgehalt des Grundrechts mit der stärksten Schranke verletzt.

693 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S. 182 – 185.

694 F.Drettmann, a.a.O., 1984, S. 182.

Verfahrensmäßig soll es bei einer getrennten Prüfung von Einzelgrundrechten bleiben, wobei die Folgen von Werbebeschränkungen für die Berufsausübung **vorrangig** an Art. 12 GG zu prüfen sind.<sup>695</sup>

Der Nachteil dieser Auffassung ist, daß es ihr nicht gelingt, eine konkrete Prüfungsreihenfolge zu entwickeln. Werbung soll als Meinung geschützt werden; diesem theoretischen Postulat folgen aber keine pragmatischen Anwendungsbeispiele. Deshalb wird auch nicht erklärt, wie meinungsfreiheitlicher Werbeschutz im Rahmen der Dreistufentheorie bei Art.12 GG überhaupt integriert werden kann. Hier stellt sich nämlich das Problem, daß Werbungsbeschränkungen grundsätzlich die Berufsausübung berühren und eine höhere Eingriffslegitimation *nur* bei Vorschriften, die die subjektiven oder objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen berühren, gefordert wird. Soll es dann bei werbungsrechtlichen Konkurrenzlagen eine weitere, vierte Stufe (**Berufsausübung und meinungsfreiheitlicher Werbeschutz** geben) oder erhöht die zusätzliche Betroffenheit der Meinungsfreiheit die Werbung auf die Stufe der Berufswahl?

e) *Zusammenfassung*

Bei den drei zur Verfügung stehenden, grundsätzlichen Optionen

- (1) nämlich der Spezialität der Meinungsfreiheit als vermeintlich stärkerem Grundrecht für die Werbung<sup>696</sup>
- (2) oder der Bewertung der Bedeutung von Werbung für die Berufsausübung und die Meinungs- und/oder Kommunikationsfreiheit in Deutschland im Rahmen der effektiven Garantiebereiche von Art. 12 oder Art. 5 GG
- (3) oder der Bildung einer, der abstrakten Konkurrenzdogmatik folgenden, neuen Schranke oder einer Schrankensumme<sup>697</sup>

ist nach hier vertretener Ansicht die zweite Option vorzuziehen. Der Schwerpunkt sollte nicht die Zuweisung zum Schutzbereich sein, sondern die Annäherung an den effektiven Garantiebereich. Die pauschale Behauptung der Spezialität der Meinungsfreiheit (1) nimmt zur Frage der Spielräume, die das Grundgesetz bei der Werbung ausländischer Werbetreibender kennt, keine Stellung.<sup>698</sup> Die Bildung „neuer Schranken“ gibt den Kontext zu beiden konkurrierenden Grundrechten, der Meinungs- wie der Berufsfreiheit, unnötig auf. Die hier favorisierte Lösung ist die Entwicklung von Informationsmodellen im Rahmen von Art. 12 GG, die – jedenfalls solange die Rechtsprechung und/oder der Gesetzgeber ihrer Argumentationslast nicht nachkommen – wie auch das BVerfG in der Apothekenwerbungsentscheidung angedeutet hat, zur Verfassungswidrigkeit der“ Konkretisierung“ führen können.<sup>699</sup>

---

695 F.Drettmann, a.a.O., S. 184.

696 mit dem BGH in Fall I und teilweise der Literatur Ch.Starck, Hatje

697 oben d) und c ee).

698 Gerade hier könnten sich in der Zukunft mit den technischen Möglichkeiten des Satellitenfernsehens neue Fragen stellen, die vielleicht eine unterschiedliche Behandlung – wie § 13 HWG – der Werbung von In- und Ausländern verlangen.

699 Vergleiche auch K.Stern, Staatsrecht, III/2, § 92 IV der am Ende für Zweifelsfälle Einzelfallprüfungen vorschlägt.

Die vorangehenden Abschnitte befaßten sich mit den Rechten des Kommunikators; der nächste Abschnitt widmet sich den Rechten des Rezipienten bei der Werbung, um die Kommunikationssituation zu erfassen.

## V. Schutz des Rezipienten vor der Werbung

Solange der Schutz der „Meinung“ durch die Hoffnung auf ihren Beitrag für die öffentliche Meinung geprägt wurde, solange mußte das negative Rezipienteninteresse zurücktreten.<sup>700</sup>

Die Interessen, mit Pornographie (Amtsenthebungsverfahren des amerikanischen Präsidenten Clinton) oder Totschlag (Berichte aus Somalia und Jugoslawien mit Abbildung der Tötung von Menschen) *nicht* konfrontiert zu werden, waren angesichts der Bedeutung der Sachverhalte für die öffentliche Meinung zweitrangig.

Diese Rangfolge ändert sich, wenn die „Meinungen“ Privater die Massenmedien wie den öffentlichen Raum zu dominieren beginnen. Die „Last wegzublicken“, gewinnt dann vielleicht eine neue (grund-)rechtliche Bedeutung. Grundsätzlich lassen sich hier drei Ansätze unterscheiden, nämlich der

- (1) Schutz des negativen Rezipienteninteresses durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)
- (2) Schutz des negativen Rezipienteninteresses durch Art. 5 Abs. 1 GG, weil mit der werblichen „Meinung“ sich auch die Frage nach dem Schutz *vor* diesen „Meinungen“ stellt,
- (3) Schutz der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 12 GG als ausreichender Allgemeinwohlbelang, der mit einem in Art. 12 GG geschützten Recht auf Werbung abgewogen werden muß.

Theoretisch könnte ein Schutz der negativen Rezipientenfreiheit auch als negativem Freiheitsrecht in Art. 12 GG erfolgen. Die Ausbildung eines zur Anbieterfreiheit dialogischen Konsumentenrechts in Art. 12 GG ist für diese Arbeit, die sich auf die sprachliche Ebene konzentriert, weit in der Zukunft liegend. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf den Vergleich einer in Art. 5 Abs. 1 GG geschützten negativen Rezipientenfreiheit zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie zu den einfachen Rechten im Rahmen von § 823 BGB, auf die die Rechtsprechung ihren Rezipientenschutz gründet.

Je weitergehend die Werbung als „Meinung“ geschützt wird, desto geringer wird der Schutz der Rezipienten zu bewerten sein. Dieses Abhängigkeitsverhältnis kollidierender Grundrechte, das nach der BVerfG-Rechtsprechung durch die Herstellung praktischer Konkordanz<sup>701</sup> bewertet werden soll, wird in diesem Abschnitt konturiert. Der Ausgangspunkt ist die BVerfG-Rechtsprechung zur staatlichen Anordnung der Aufhängung von Kruzifixen in Volksschulen. Bei Art. 4 GG

700 So W.Hoffmann-Riem, Art. 5 Rn. 95, in: Alternativkommentar, 1987.

701 BVerfGE 66, 116, 136; BVerwG 87, 37, 45 nach K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl, Rn. 317 f; .H.Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 272 ff.

läßt sich diesen Entscheidungen zufolge, vielleicht ein grundrechtlicher „Prototyp“ feststellen, der

- **die positive Freiheit,**

Grundrechte sind historisch zunächst Abwehrrechte; sie gewährleisten das Recht etwas zu tun und enthalten für den Staat das Verbot dieses Recht (übermäßig) einzuschränken.

- **die negative Freiheit**

Darüber hinaus gewährleisten Grundrechte auch in ihrer Funktion als Abwehrrechte die Freiheit etwas *nicht zu tun*: So die Freiheit, seine Meinung nicht zu äußern, einer Koalition nicht beizutreten oder ein Bekenntnis nicht zu haben. Falls der Staat „Handlungs“-pflichten etablieren wollte, stünden diesen die Grundrechte als Abwehrrechte entgegen. Davon unterscheidet sich das Interesse, die Grundrechtsausübung anderer nicht wahrnehmen zu wollen.

- und **die negative Rezipientenfreiheit** umfaßt.

**1. Begriff: negatives Rezipienteninteresse**

a) *Rezipient und positives Rezipienteninteresse*

Rezipient ist jeder, der mit der Grundrechtsausübung eines anderen unmittelbar konfrontiert wird.<sup>702</sup> Um positive Rezipienteninteressen handelt es sich etwa, wenn ein Interesse des (zukünftigen) Rezipienten an einem bestimmten Kommunikationsinhalt besteht – ein Interesse, das vielleicht informationsfreiheitlich geschützt ist (siehe III 4). Die positive Rezipientenfreiheit ist also ein Anwendungsfall positiver Freiheit, der die Besonderheit aufweist, daß ein sichtbares Tun mit der Ausübung dieser Freiheit *nicht* verbunden sein muß: Mittel zur Verwirklichung dieses Interesses ist das „passive“ Rezipieren durch Zuhören oder Zusehen.<sup>703</sup>

b) *Negative Freiheit und negatives Rezipienteninteresse*

Vom *positiven Rezipienteninteresse* ist das *negative Rezipienteninteresse*<sup>704</sup> zu unterscheiden; es besteht bei den Kommunikationsgrundrechten im Interesse etwas *nicht sehen oder nicht hören zu wollen oder zu müssen*. Das Rezipienteninteresse weist damit Schnittmengen mit der negativen Freiheit auf, weil der Rezipient auf der einen Seite selbst *nicht aktiv* wird (negative Freiheit) und zudem

---

702 Es kann, aber er muß nicht gleichzeitig der Beworbene sein. So wenn mit einem Medium – Werbung in deutschsprachiger Zeitschrift im deutsch-französischen Grenzgebiet für ein deutsches Buch – Beworbene, die erreicht werden sollen, nicht erreicht werden (Streuverluste) und (statt dessen) andere Rezipienten, die nicht als Adressaten vorgesehen waren, erreicht werden..

703 Im kommunikativen Kontext handelt es sich vorwiegend um diese beiden Rezeptionstechniken – in einem weiteren Sinne können hier auch Tasten oder Riechen genannt werden.

704 Siehe M.Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991, S. 58 ff mit einem Überblick über die bis dahin in der Literatur vertretenen Meinungen.

mit der positiven Inanspruchnahme einer Freiheit *durch andere* konfrontiert wird (Rezipienteninteresse).

c) „Qualifiziertes“ negatives Rezipienteninteresse

Eine spezielle Ausprägung des negativen Rezipienteninteresses ist das Interesse, Kommunikation, *die sich auf die eigene Person oder Sphäre bezieht*, unterbinden zu wollen.

Beispiele sind der Schutz der Ehre<sup>705</sup>, der in Art. 5 Abs. 2 GG zugelassen wird oder der Schutz vor vergleichender Werbung, die unsachlich und mit Werturteilen erfolgt.

Dieser inhaltlichen Nähe von Kommunikationsinhalt und Rezipient wird durch die Bezeichnung „qualifiziertes“ negatives Rezipienteninteresse Rechnung getragen. Es steht nicht im Mittelpunkt dieses Kapitels, weil es sich beim Schutz *vor* Werbung um Fallgruppen handelt, die sich *vorrangig mit der* Konfrontation mit Werbung per se befassen und in denen es den Rezipienten nicht um die Unterbindung von Werbung geht, die *sie selbst* zum Gegenstand hat.<sup>706</sup>

Das Interesse dieses Abschnitts konzentriert sich auf strukturelle Betrachtungen. Im Einzelfall wird – *nach der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung* durch die Rechtsprechung – die Frage der Verletzung des Sachlichkeitsgebots durch die Werbung in Einzelfällen von Bedeutung sein.

Relevant wird die dogmatische Unterscheidung von „allgemeinem negativem Rezipienteninteresse“ und „qualifiziertem negativem Rezipienteninteresse“ für eine systematische Betrachtung des Schutzes von Rezipienteninteressen (in der Verfassung).

d) *Dogmatischer Schutz des Rezipienteninteresses: Rezipienteninteresse als Rezipientenfreiheit?*

Wenn – wie nach der Kruzifix-Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 4 Abs. 1 GG – das Rezipienteninteresse zur Untersagung von Kommunikation führt, ist es auch gerechtfertigt von *Rezipientenfreiheit* zu sprechen. Das negative Rezipienteninteresse wird zu einem (im „Kruzifix-Fall“) in Art. 4 GG geschützten, subjektiv-öffentlichen Recht – einem Grundrecht. Die *gemeinsame Garantie von „negativer“, „positiver“ und Rezipientenfreiheit* in einer Grundrechtsgewährleistung ist konstruktiv nur *eine* der vorstellbaren Alternativen; als weitere kommen in Frage:

(1) *Schutz des negativen Rezipienteninteresses durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht* (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und

(2) *Schutz der negative Rezipienteninteressen*

---

705 Dazu G.Gounalakis/H.Rösler, Ehre, Meinung und Chancengleichheit im Kommunikationsprozeß, 1998, S. 62 ff.

706 Differenzierungen verlangt allerdings Fall III, weil hier Frauen die Werbung auf sich beziehen.

- als *Allgemeinwohlbelange*, die in eine Abwägung mit dem Recht auf Werbung in Art. 12 GG
- oder als *negative Rezipientenfreiheit* in Art. 5 Abs. 1 GG
- und demzufolge in die Interessenabwägung im Rahmen von § 1 UWG eingehen (,ohne daß sie selbst subjektiv-öffentliche Rechte sind).

Bevor die Entscheidung gefällt wird, welche grundrechtliche Zuordnung für die negative Rezipientenfreiheit bei der kommerziellen Sprache getroffen wird, sollen die unterschiedlichen Betroffenheiten von positiver, negativer Freiheit und negativer Rezipientenfreiheit anhand einer Kruzifixentscheidung des BVerfG veranschaulicht werden. Diese Entscheidung ist aus zwei Gründen paradigmatisch:

- (1) *Gemeinsame Garantie der drei Freiheiten in einer Grundrechtsgarantie*. Es handelt sich um ein Beispiel dafür, daß drei Schutzaspekte in *ein* Grundrecht interpretiert werden; ein Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Schutz vor Beeinflussung oder Belästigung also *nicht* erfolgt.
- (2) *Vermeidungslast als Eingriff*. Die Entscheidung könnte grundrechtsdogmatisch als Weiterentwicklung des *Eingriffsbegriffs* interpretiert werden. Sie festigt nämlich eine Rechtsprechung, die die Aufbürdung einer „Vermeidungslast“ als Grundrechtseingriff qualifiziert.

## 2. *Konkordierung positiver, negativer Freiheiten und Interessen innerhalb der Bekenntnisfreiheit (Art. 4 GG) – das Kruzifixurteil des BVerfG*

### a) *Neutralität als Voraussetzung für Bekenntnisfreiheit und das „hypothetische Kruzifix-Szenario“*

Im entschiedenen Fall ging es um eine staatliche Regelung, die die Aufhängung von Kreuzen in Volksschulen – und damit Glaubenswerbung<sup>707</sup> – anordnete. Das BVerfG erachtete die *staatlich angeordnete* Aufhängung von Kreuzen als für die (negativen) Rezipienten unzumutbar.

Es könnte zunächst der *Neutralitätsverpflichtung* des Staates widersprechen (Art. 4 GG, Art. 136, 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG), wenn er sich „einseitig“ für die Aufhängung *eines* Symbols *einer* Glaubensrichtung in Räumen, die hoheitlicher Tätigkeit gewidmet sind, entscheidet.

Der Begriff der „Neutralität“ im Bereich der Bekenntnisfreiheit wie auch im Bereich des Wirtschaftsrechts bedarf aber weiterer inhaltlicher Konkretisierung. Das zeigt sich, wenn man zwei Optionen vergleicht: Man könnte mit dem Neutralitätsprinzip entweder die *Abstinenz* sämtlicher „Symbole“ – „*Prinzip der Nichtidentifikation*“<sup>708</sup> – fordern oder die gleichzeitige Zulassung von „Symbolen“ anderer Bekenntnisse und Religionen fordern – „*Prinzip der Nichtdiskriminierung*“. Hätte auch die anderen Bekenntnissen<sup>709</sup> einzuräumende Möglichkeit, selbst Insignien ihres „Glaubens“<sup>710</sup> an Schulwänden aufzuhängen, dem Neutralitätsgebot widersprochen?<sup>711</sup>

707 Unabhängig davon, welche Bedeutung man dem Kreuz für das christliche Bekenntnis beimißt, hat es doch auch die Bedeutung der Sichtbarmachung und Identifikation mit christlichem Bekenntnis und kann damit (auch) als Werbemittel aufgefaßt werden.

708 BVerfGE 35, 366, 375 "Kruzifix in Gerichtssaal".

709 Soweit *ihre Mitglieder in der Klasse* dies tun.

710 Bei Muslimen etwa Bilder von Propheten.

711 Letzteres ist eine Alternative zu der das BVerfG nicht Stellung nehmen mußte, weil der entschiedene Fall eine Diskriminierung beinhaltete. Siehe aber die Ausführungen NJW

Es handelt sich um ein *hypothetisches Szenario*, das wichtig ist, weil es das Verständnis sowohl der Neutralitätsverpflichtung wie auch der Konkordierung kollidierender Grundrechte durch das BVerfG verdeutlicht. Im folgenden wird – wenn nicht auf die Urteile des BVerfG direkt Bezug genommen wird – das hypothetische Szenario weiter diskutiert.

Ohne daß das BVerfG zu diesem hypothetischen Szenario ausdrücklich Stellung nimmt, scheint es sich der Alternativen – Nichtdiskriminierung und Nichtidentifikation – dennoch soweit bewußt zu sein, daß es eine Entscheidungsdeterminanz des Neutralitätskonzepts *per se* ablehnt. Es entscheidet sich weder für ein *Prinzip* der Nichtdiskriminierung noch für ein *Prinzip* der Nichtidentifikation. Das BVerfG rekurriert zur *inhaltlichen* Ausfüllung der „Neutralität“ auf die in Art. 4 GG geschützten, positiven, negativen Freiheiten wie auch des Rezipienteninteresses<sup>712</sup> und entscheidet sich damit *gegen eine kategorisierende Prinzipienlösung und für eine Einzelfallprüfung*.

Diesem Rückgriff ist zuzustimmen, weil die Neutralität teleologisch *als Voraussetzung für die Bekenntnisfreiheit* geschützt ist, nicht aber als Selbst- und Endzweck. Der Rekurs auf die zugrundeliegenden Rechte ist notwendig, weil Art. 4 GG keine zwingende Festlegung für das Prinzip der Nichtidentifikation enthält: Systematische Belege gegen die Beschreibung des Staates des Grundgesetzes als *zwingend* „christlich-glaubensabstinent“ finden sich sowohl in der Präambel des Grundgesetzes als auch in der sonstigen Organisation des Religionsunterrichtes<sup>713</sup> – hier wird inzwischen erwogen auch für den Islam Unterricht anzubieten, was einem Verständnis von Neutralität als Nichtdiskriminierung entspricht. Auch die in den Grundrechten verkörperten, zum Teil historisch auf christliche und kirchenrechtliche Erfahrungen zurückgehenden Wertvorstellungen sind Argumente gegen eine zwingende Verankerung des *Prinzips der Nichtidentifikation*. Damit soll nicht behauptet werden, daß das Grundgesetz einem „neutralen“, im Sinne von abstinenten, konfessionslosen oder -ungebundenen Staatsbild entgegensteht – es fordert es aber nur in wenigen und spezifischen *Kollisionslagen zwingend*. Die Wurzel der Verpflichtung zur Neutralität ist damit immer die Kollisionslage von Grundrechten.

#### *b) Rekurs auf (Grund)-Rechte zur Konkretisierung der Neutralität*

##### *aa) Positive Freiheit von Katholiken*

Auf den ersten Blick ist in *der* Gestaltung des Sachverhalts, der dem BVerfG vorlag, die positive Bekenntnisfreiheit von Grundrechtsberechtigten nicht berührt: Der Staat – *und nicht die katholischen Schüler oder Eltern* – hängte die Kreuze auf. Die Kreuze waren somit zuvörderst Bestandteil staatlicher Selbstdarstellung. Realitätsnah<sup>714</sup> sei deshalb der Sachverhalt weitergedacht und eine Anbringung von Kreuzen durch Grundrechtsberechtigte, gegenüber denen der Staat untätig

---

1995, 2477, 248 r. Sp. zur Verpflichtung zur Gleichbehandlung wie auch zur fehlenden Ausgrenzung Andersgläubiger.

712 Das negative Rezipienteninteresse erkennt es allerdings nicht als besondere Form der negativen Freiheit.

713 So auch das BVerfG Beschl.v. 16.5. 1995 NJW 1995, 2477, 2479 "Kruzifix".

714 Siehe einen Bericht des Magazins Monitor 1995, nachdem nunmehr Schüler und Elterninitiativen Kreuze in den Schulen wieder anbringen.

bleibt, angenommen.<sup>715</sup> Diese Weiterbildung des Sachverhalts führt werbestrategisch zu einer anderen Einordnung:

Wenn es darum geht, ob das „Staatsbild“ auch christliche Symbole abbildet, dann handelt es sich um **Eigenwerbung**; wenn es darum geht, ob Katholiken Kreuze anbringen dürfen, dann handelt es sich um die Frage der Zulässigkeit von **Fremdwerbung** in Räumen, die hoheitlicher Aufgabenerfüllung gewidmet sind. Hier wird die Fremdwerbungsalternative in den Vordergrund der rechtlichen Prüfung gerückt, weil das BVerfG – nach hier vertretener Auffassung bei dem real zugrundeliegenden Sachverhalt fehlerhaft<sup>716</sup> – in seinem Volksschulen-Kreuzifix-Urteil vorwiegend zur **Fremdwerbung** Stellung nahm.

Konstruktiv könnte man bereits zweifeln, ob die Religionsfreiheit die Anbringung von Symbolen an in fremden Eigentum stehenden Wänden<sup>717</sup> umfaßt. Da der Berechtigte die Einwilligung zumindest nicht verwehrt<sup>718</sup>, **könnte** insoweit der Schutzbereich der religiösen Bekenntnisfreiheit eröffnet sein – und zwar der **positiven Freiheit** katholischer Schüler.

*bb) Positive Freiheit von anderen Bekenntnissen: der Chancenerhaltungsanspruch?*

Die Ausübung dieser positiven Freiheit könnte per se auch einen Eingriff in die **positive Freiheit** anderer Bekenntnisse darstellen, nämlich die in aktueller Untätigkeit bestehende Ausübungsfreiheit (negative Freiheit) einer *anderen* Religion oder eines Bekenntnisses. Insoweit könnten die Rahmenbedingungen und **Chancen** für eine zukünftige Ausübung einer anderen, **positiven Bekenntnisfreiheit** verschlechtert werden, weil jemand anderer tätig ist und wirbt. Diese Betroffenheit muß grundsätzlich außer Betracht bleiben, wenn wir nicht für alle Grundrechte einen Chancenerhaltungsanspruch des Passiven gegenüber dem Aktiven bejahen und damit den grundrechtlichen Schutz von Aktivität selbst in Frage stellen.

Eine Ausnahme könnte gerade bei Art. 4 GG der Neutralitätsgrundsatz sein, wenn man ihn so versteht, daß dort, wo die Neutralität gilt – hier in den staatlichen Schulräumen – **Passivität größeren Schutz als Aktivität** genießen soll und damit die staatliche Sphäre als Werbeträger *ausscheidet* (Prinzip der Nichtidentifikation). Ein so verstandenes *Prinzip* der Nichtidentifikation, das gegen ein Staatsbild mit Kreuzen wie auch gegen katholische Glaubenswerbung eingewandt werden könnte, widerspricht aber der Bedeutung der positiven Bekenntnisfreiheit der

---

715 Vielleicht ist dies auch die Fallgestaltung, die das BVerfG zur Korrektur seines Entscheidungsleitsatzes veranlaßten.

716 So auch J.Isensee, Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation, ZRP 1996, 10, 13. Ein Grund mag der Versuch einer Fortführung der Schulgebetsrechtsprechung sein.

717 Siehe zum fehlenden Recht des Mieters zur ideellen Werbung BVerfGE.

718 Hier schließt sich bereits ein Kreis, der den Vorwurf eines Zirkelschlusses begründen könnte, weil die Berechtigung zu dieser Einwilligung wieder Gegenstand der Abwägung von Neutralitätsaspekt, positiven, negativen und Rezipienteninteressen ist.

Katholiken, die eine Berücksichtigung in einem Verfahren<sup>719</sup> und damit eine Konkordierung im Einzelfall verlangt. Wenn andere Bekenntnisse die positive Option nicht wahrnehmen, dann ist dies Ausübung der negativen Freiheit. Ein Chancenerhaltungsanspruch durch Verbot jeder Glaubenswerbung und- darstellung in Schulräumen ist nach hier vertretener Ansicht nicht gefordert, weil für alle *die Alternative der positiven Freiheit* besteht. Hinzukommt, daß in einem hypothetischen Szenario die Wirkungen der Glaubenswerbung nicht vorherbestimmbar sind und durchaus auch kontraproduktiv für den Werbenden wirken können. Dieses faktische Argument unterstützt die Forderung nach einer *Einzelfall*konkordierung.

### cc) Negative Freiheit

Die negative Freiheit anderer Schüler – Kreuze nicht anzubringen – ist nicht berührt. Niemand wird zum Aufhängen des Kreuzes verpflichtet. Damit ist aber die negative Freiheit nicht ausgeschöpft, wenn man die „Nichtdiskriminierungslösung“ wählt. Dann wird nämlich mittelbar ein Handlungsdruck ausgeübt, weil neben das Kreuz eben andere Gegenstände zu hängen *wären*. Dies ist aber die „normale „ Handlungslast, die auch grundrechtlich den Unterschied zwischen Aktivität und Passivität rechtfertigt .

### dd) Negative Rezipientenfreiheit- der Schutz gegenüber einer „Vermeidungslast“

Die Rezipientenfreiheit der Schüler, die im Klassenraum sind, kann berührt sein. Sie müssen in der Terminologie des BVerfG „unter dem Kreuz“<sup>720</sup> lernen. Dieser Sachverhalt eröffnet zwei Optionen: entweder blicken die Schüler auf das Kreuz oder sie versuchen den Blick auf das Kreuz zu vermeiden. Die letztere Option wird hier als „*Vermeidungslast*“ bezeichnet. Zwei Aspekte müssen in die materielle Bewertung dieser Vermeidungslast einbezogen werden:

(1) *Beeinflussungsaspekt*. Zum einen die emotionale Belastung, auf ein Kreuz in einem Schulraum blicken zu müssen („*Beeinflussungsaspekt*“). Dieser Aspekt ist gerade bei der Bekenntnisfreiheit naheliegend, weil der Blick auf ein Symbol, das für etwas individuell Abgelehntes steht, eine *eigenständige Betroffenheit* auslösen kann, die *zeitlich vor* dem „Wegblicken“ erfolgt. Eine Frage, die sich bei der Werbung *mit Symbolen* stellt, ist die *Möglichkeit* des Eingriffs. Der Rezipient ist frei, den Sinngehalt dessen, was er wahrnehmen will, festzulegen – anders vielleicht als bei einem sprachlichen Text, der die Interpretationsoptionen durch seine größere Bestimmbarkeit verengt. Aus diesen Gründen verneint eine Meinung<sup>721</sup> die Möglichkeit einer gravierenden Belastung durch Symbole – also des Eingriffs – sinngemäß nach dem Motto „*Honni soit qui mal y pense*.“<sup>722</sup> Dieses Argument überzeugt in seiner *grundsätzlichen* Pauschalität nicht: Gerade Symbole können wegen ihrer emotio-

---

719 Zur Funktion des Grundrechtsschutzes durch Verfahren bei Grundrechtskollisionen H.Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 272 ff.

720 BVerfG Beschl.v. 16.5. 1995 NJW 1995, 2477 , 2478 r. Sp "Kruzifix".

721 J.Isensee, Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation, ZRP 1996, 10, 14 wirft dem BVerfG "laientheologische Kreuzesexegese" vor. Weniger ablehnend D.Heckmann, Eingriff durch Symbole? JZ 1996, 880, 889.

722 Inschrift des englischen Hosenbandordens.

nen (Appell-)Wirkung und ihrer, für eine rationale Diskursgemeinschaft schwer erträglichen Verkürzung, besonders belästigend sein<sup>723</sup>. Zum anderen ist Sprache mehrdeutiger als diese Meinung es wahrhaben will.<sup>724</sup> Als Einzelfallargument ist die Plausibilität der Schwere der Belastung für die Kläger im bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren gegen das Kreuz greifbar.

(2) **Belästigungsaspekt.** Ein weiterer Aspekt ist die „Handlungs“last derjenigen, die ein Kreuz *nicht* wahrnehmen wollen (**Belästigungsaspekt**).

Die Schwäche der BVerfG-Entscheidungen ist, daß beide Belastungen nicht voneinander getrennt erfaßt werden.<sup>725</sup>

ee) *Vermeidungslast als Eingriff?*

Dogmatisch unbefriedigend ist, daß beim BVerfG eine Würdigung der „Vermeidungslast als Eingriff“ nur in Ansätzen zu erkennen ist. Es drängt sich die Frage auf, ob die Last, Werbung auszuweichen, einen *Eingriff* darstellen kann. Zum einen weil diese Vermeidungslast (im hypothetischen Szenario) vorrangig von Privaten (mit staatlicher Duldung) initiiert wurde und zum anderen wegen der Schwere der Aufbürdung dieser Handlungslast. Zunächst ist festzustellen, daß im Bereich der Normgebung wie auch der Konkretisierung von Generalklauseln das (unmittelbare) Drittwirkungsargument einer Konkordierung von Grundrechten nicht entgegensteht (siehe im 3.Kapitel V 6). Damit verlagert sich die Betrachtung auf die Konkretisierung des Eingriffsbegriffs. Der „klassische Eingriffsbegriff“<sup>726</sup> mit den Elementen der Unmittelbarkeit und Rechtlichkeit der Beeinträchtigung ist nicht erfüllt, weil *unmittelbar* der einzelne selbst die Werbung wahrnimmt. Die das Kreuz Anbringenden schaffen also nur (mittelbar) die Voraussetzungen für die Wahrnehmung. Die Beeinträchtigung erfolgt zudem dann, wenn Private das Kreuz anbringen, nicht aufgrund einer *rechtlichen Regelung*, sondern aufgrund der von den Kreuzen ausgehenden, faktischen „Emissionen“, die man im bürgerlichen Immissionsschutzrecht (§ 906 BGB) wegen ihrer Eigenschaft als Imponderabilien grundsätzlich nicht untersagen könnte.<sup>727</sup>

ff) *„Grundrechtsschutz vor sich selbst“ und Verzicht auf die „Unmittelbarkeit“ des Eingriffs bei der Vermeidungslast*

Jeder entscheidet, wohin er blickt und deshalb könnte man bei der Anerkennung der negativen Rezipientenfreiheit als Grundrecht in Art. 4 GG einwenden<sup>728</sup>, daß

---

723 Anschauliches Beispiel ist das "Vogel Zeigen" im Vergleich zu sprachlich substantiierten Beleidigungen.

724 Ein Beispiel für die zeitlich und rezipientenabhängige Ambiguität von Sprache ist die heutige Verwendung des Tucholsky Zitats "Soldaten sind Mörder", das nach dem BVerfG keine Bezugnahme auf die Bundeswehr enthalten soll. Kritik an der zeitlichen Interpretation des BVerfG auch bei G.Gounalakis, "Soldaten sind Mörder", NJW 1996, 481, 485.

725 Gegebenenfalls könnten beide Aspekte auch unter einem Summenargument behandelt werden, wenn beide Aspekte nur in ihrer Gesamtheit einen Eingriff begründen.

726 V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing, 1997, 126 ff m.w.N.

727 Ausnahme "Schmähzwerge"

728 Siehe auch J.Isensee, Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation, ZRP 1996, 10. 12, der die hier mit "negativer Rezipientenfreiheit" bezeichnete Freiheit als vom BVerfG kreiertes, "völlig neuartiges Grundrecht" kritisiert.

hier kein Schutz gegen staatliches Handeln, sondern Schutz gegen das eigene Handeln des Grundrechtsträgers selbst begehrt wird. *Er macht sich selbst zum Rezipienten.* Bei der Kruzifix-Entscheidung hätte *der Schutz des Grundrechtsträgers vor sich selbst deshalb* zumindest erörtert werden müssen. Ein solcher grundrechtlicher Schutz vor sich selbst könnte ein neues Freiheitsverständnis verlangen, weil Grundrechte in ihrer Wurzel Rechte gegenüber dem Staat sind und nicht Schutzansprüche vor eigenem Handeln. Die Frage wird vom BVerfG weder gestellt noch beantwortet: das BVerfG-„Dogma“ einer Vermeidungslast als Grundrechtseingriff wird eher vorausgesetzt als erklärt. Das Mittel, das das BVerfG einsetzt, ist eine *tatbestandliche Vorverlagerung des den Eingriff bildenden Sachverhalts*: Das BVerfG hat in seinen Kruzifixurteilen nicht auf den unmittelbaren, *optischen Auslöser* einer Handlungslast (Kruzifix), auch nicht auf den mittelbaren Auslöser ((Anordnung des) Aufhängen(s) der Kreuze) sondern auf die durch den hoheitlichen Schulbetrieb mit der Schulpflicht verbundene Zwangssituation<sup>729</sup> abgestellt.

In dieser Vorverlagerung des „Eingriffs“ ist das Gericht zeitlich weiter zurückgegangen als in einer früheren „Kruzifix-Entscheidung“, in der es auf die im Einzelfall erteilte Weigerung der Entfernung des Kreuzes in Gerichtssälen<sup>730</sup> als Eingriffshandlung abgestellt hat; nicht aber auf den Zwang Rechte aufgrund des Justizmonopols des Staates in dessen Gerichtssälen, die mit Kreuzen ausgestattet sind, geltend zu machen.

Die Argumentation mit dem Schulzwang als Eingriff überzeugt nicht, weil Schulzwang in vielen Bundesländern besteht, *ohne* daß damit das Lernen unter dem Kreuz verbunden ist. Wenn man eine Vermeidungslast als Eingriff qualifiziert, dann verlangt das eine zeitliche Vorverlagerung der Eingriffshandlung – ähnlich der Figur des polizeirechtlichen Zweckveranlassers –

und eine Modifikation des „Unmittelbarkeitskriteriums.“ Diese Voraussetzungen nicht ausdrücklich offengelegt zu haben, ist die dogmatische Schwäche des BVerfG-Urteils. *Bei der Fallgruppe „Vermeidungslast“ ist nicht auf die Blickrichtung (handlung) des Rezipienten, sondern auf die Handlung, die eine Vermeidungslast mittelbar begründet, abzustellen.* Bei dieser Belastung handelt es sich bei dem Fremdwerbungsszenario *nicht* um einen *Grundrechtsschutz vor sich selbst*, weil der Anlaß von denjenigen Schülern gesetzt wird, die das Kreuz aufhängen und es sich deshalb um eine den „Grundrechtsschutz vor sich selbst“ ausschließende<sup>731</sup> Grundrechtskollision handelt. Im Fall der dem BVerfG vorlag,

---

729 BVerfG Beschl.v. 16.5. 1995 NJW 1995, 2477 , 2478 r. Sp. "Kruzifix". Vergleiche die identische Kritik bei J.Isensee, Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation, ZRP 1996, 10, 14.

730 BVerfGE 35, 366, 376.

731 Ch.Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 148 unterscheidet die Schutzpflicht des Grundrechtsschutzes vor sich selbst und die Grundrechtskollision, um die es sich im Schwerpunkt handelt.

hätte man auf die Vorschrift, die das Aufhängen von Kreuzen anordnete, als Eingriffshandlung abstellen müssen.

*gg) Vermeidungslast als Beeinträchtigung?*

Für die Bejahung eines Eingriffs ist weiter die *Beeinträchtigung* des Grundrechts gefordert. Hier könnte die Veranlassung „Wegzublicken“ in ihrer Konsequenz so wenig einschneidend sein, daß materiell die Eingriffsqualität fehlt. So kann auch die Rechtsprechung des BVerfG interpretiert werden, die in mehreren Entscheidungen auf die „Ausweichmöglichkeit“ abstellt, und erst wenn diese verneint wird, einen Eingriff zu bejahen scheint<sup>732</sup>. Den BVerfG-Entscheidungen zum Schul – und Gerichtskreuz liegen dabei unterschiedliche Ausgangspunkte zugrunde:

Beim Schulbesuch handelt es sich allein wegen der Dauer des Unterrichts um eine erhebliche, weil tägliche und konstante Vermeidungslast, die allein wegen der Dauer der Konfrontation Ausweichmöglichkeiten nimmt. Bei der Aufhängung von Kreuzen in Gerichtssälen wird eine solche Dauer der Konfrontation selten vorliegen (soweit es sich wie im entschiedenen Fall um Rechtsanwälte handelt). Die „Belästigungskomponente“ überzeugt hier nicht; vielleicht aber die „Beeinflussungskomponente“. Die Belastung in einem Wiedergutmachungsverfahren als jüdischer Anwalt vor dem Kreuz verhandeln zu müssen, mag emotional so belastend sein, daß die Beeinträchtigung schon *vor* dem Wegblicken eingetreten ist. Diese Ausführungen zeigen, daß die Vermeidungslast im Kontext mit hoheitlicher Tätigkeit unterschiedlich begründet werden kann. Sie zeigen auch, daß jedenfalls nach der Rechtsprechung des BVerfG formale, klassische Eingriffsdogmatik und materielles Beeinträchtigungserfordernis der Anerkennung einer negativen Rezipientenfreiheit und der Möglichkeit des Eingriffs bei Art. 4 GG *nicht* entgegenstehen. Die Verankerung der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 4 GG beantwortet indes noch nicht die Frage der Konkordierung von positiver Freiheit und negativer Rezipientenfreiheit.

*c) Unmöglichkeit der Konkordierung mit der Folge des Primats der negativen Rezipientenfreiheit?*

*aa) Unmöglichkeit der Konkordierung?*

Das BVerfG geht in seinem Urteil zu den Kreuzen in bayerischen Volksschulen von der faktischen Unmöglichkeit der Konkordierung aus:

„Allerdings ist es in einer pluralistischen Gesellschaft unmöglich, bei der Gestaltung der öffentlichen Pflichtschule allen Erziehungsvorstellungen voll Rechnung zu tragen. Insbesondere lassen sich die negative und die positive Seite der Religionsfreiheit nicht problemlos in ein und derselben staatlichen Institution verwirklichen“<sup>733</sup>... Schließlich wäre es mit dem Gebot der praktischen Konkordanz nicht

732 Die Ausführungen der Rechtsprechung vermengen die Frage der Existenz des Rechts mit dem Eingriff; siehe oben BVerfGE 44, 197, 203 f.

733 BVerfG Beschl.v. 16.5. 1995 NJW 1995, 2477, 2479 "Kruzifix".

vereinbar, die Empfindungen Andersdenkender völlig zurückzudrängen, damit die Schüler christlichen Glaubens über den Religionsunterricht und freiwillige Andachten hinaus auch in den profanen Fächern unter dem Symbol des Glaubens lernen können.<sup>734</sup>

Dem entschiedenen Fall liegt sicher kein überzeugender Konkordierungsansatz zugrunde, weil die bayerische Verordnung *nur* die Verpflichtung zum Aufhängen von Kreuzen zum Gegenstand hatte.<sup>735</sup> Stünde die Verfassung wirklich der gleichzeitigen Eröffnung der *Möglichkeit* der Anbringung von Kreuzen<sup>736</sup> und etwa von Bildern von Propheten (hypothetisches Szenario) entgegen? Und dies unabhängig von Alter oder Bildungsstand der Schüler, wie es die Zugrundelegung eines Prinzips der Abstinenz verlangen würde? Ist es zwingend, daß ein zum *Pluralismus in der Bekenntnisfreiheit* verpflichteter Staat<sup>737</sup> seine Sphäre weltanschauungsabstinent gestalten muß? Kann es nicht gerade auch zum Staatsbild und zum staatlichen Erziehungsauftrag des Grundgesetzes gehören, das Zusammenleben unterschiedlicher Konfessionen widerzuspiegeln und (dadurch) zu fördern. Die Erfüllung dieser Aufgabe (Art. 7 Abs. 1 GG) kann, soweit sie den Erziehungsauftrag betrifft, nicht auf die organisatorische Ebene *vor*verlagert werden.

Bekenntnisschule (Art. 7 Abs. 4, 5 GG) können hierzu vermutlich wenig beitragen, weil sie Ausdruck der Trennung von Konfessionen sind. Es handelt sich auch um eine Aufgabe, die monokonfessionelle Familien nicht einfach leisten können (Art. 6 Abs. 2 GG).

Aus diesen Gründen kann es wichtig sein auch in Pflichtschulen religiöse Unterschiede symbolartig sichtbar zu machen, damit sie Gegenstand eines Diskurses werden können – *allerdings unter der Voraussetzung der Nichtdiskriminierung*. Mit diesen Ausführungen soll die Bedeutung von Symbolen der „church identity“ nicht überhöht werden; ihre diskursmotivatorische Bedeutung kann zurecht ganz unterschiedlich bewertet werden. Dennoch wäre es wünschenswert, wenn diese Ausführungen ihrerseits einer Überhöhung der Determinationskraft des Verfassungsrechts vorbeugen, das vielleicht viel mehr Gestaltungsraum läßt, als das

---

734 BVerfG Beschl.v. 16.5. 1995 NJW 1995, 2477, 2480 "Kruzifix."

735 Die Aussagen des BVerfG sind nach hier vertretener Auffassung – genauso wie die Leitsatzdiskussion zeigt – (vorläufig) ausschließlich fallbezogen zu werten. Hierzu die Pressemitteilung des BVerfG durch den BVerfG Vizepräsident Henschel v. 22.8.1995 (Az.1BvR 1087/91, der den Leitsatz 1 nur auf die staatliche Anordnung von Kreuzen beschränkt).

736 BVerfG Beschl.v. 16.5. 1995 NJW 1995, 2477, 2480 "Kruzifix" "Die Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern überschreitet die danach gezogene Grenze religiös-weltanschaulicher Ausrichtung der Schule."

737 Die Verpflichtung zum Pluralismus ergibt sich aus der Bekenntnisfreiheit und der Neutralitätsverpflichtung des Staates. Wenn der Staat selbst über Art und Anzahl der von seinem Volk gelebten Bekenntnisse nur in engsten Grenzen bestimmen kann (Immanente Schranken von Art. 4 GG), dann wird er mit einer Vielzahl von Bekenntnissen konfrontiert, unter denen es sich für *eines* nicht entscheiden darf. Die Verwendung des Kruzifixes ist nach hier vertretener Meinung noch keine Entscheidung für ein (nur) christliches Bekenntnis.

BVerfG seiner Entscheidung zugrunde legen konnte.<sup>738</sup> Es wäre nach hier vertretener Ansicht vorstellbar, ein gewisses Minimum an Marktprozessen sowohl für den Handel mit Ideen als auch mit Religionen innerhalb von Räumen, die hoheitlichen Tätigkeiten gewidmet sind, zu tolerieren, **wenn die Betroffenen dies wollen**. Eine als zwingende Abstinenzverpflichtung aufgefaßte Neutralität scheint hier unangemessen protektionistisch.

Müssen Schulräume nur für die Symbole der „corporate und product identity“ (von Lacoste bis Chevingnon), die die Schüler auf der Kleidung tragen, geöffnet bleiben?

*bb) Unterschiedliche grundrechtliche Verankerung der Rechtsposition der Gegner der Aufhängung eines Kruzifixes*

Wenn Schulwände für die Anbringung von Symbolen etwa in einer bestimmten Größe und für die Mitglieder der Gemeinschaften, die in der Klasse vertreten sind, offenstünden, müssen, wenn eine Verständigung nicht einstimmig getroffen wird, die grundrechtlichen Positionen von „Minderheiten“ geklärt werden. Diese lassen sich in zwei Positionen aufspalten:

- Zum einen Gegner der Aufhängung von Kruzifixen, die Neutralität als Abstinenzprinzip verlangen, ohne die Verbindung mit eigenen, positiven Bekenntnisfreiheiten, die symbolartig darzustellen wären, zu haben. Bei dieser Fallgruppe handelt es sich um die **negative Rezipientenfreiheit** in ihrer puren Form, die nach hier vertretener Ansicht **im Bereich der ideellen Sprache jenseits des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) nicht** zu schützen ist. Andernfalls könnte eine solche negative Rezipientenfreiheit gegen jede Form der Bekenntnisausübung, die von einem Zweiten wahrgenommen wird, eingewandt werden und dann nach einer Konkordierung zur Untersagung führen.
- Zum anderen Gegner, die den Bezug zu ihrer eigenen, anderslautenden, negativen und positiven Bekenntnisfreiheit, die nach Art. 4 Abs. 1 GG geschützt ist, geltend machen. So etwa Muslime, die das Kreuz als Verschlechterung der Chancen für ihre Glaubenswerbung beanstanden könnten **und deren qualifizierte Betroffenheit** als Rezipienten des Kreuzes sich gerade aus diesem Engagement ableitet. Bei dieser Personengruppe stellt sich die Frage, ob in einem hypothetischen Szenario die Eröffnung der Chance der Aufhängung eigener Symbole die Eingriffe in die negativen Rezipienteninteressen (teilweise) zu kompensieren vermag.

---

738 An die Eröffnung dieses Gestaltungsraums können sich dann Fragen der Praktikabilität (gibt es eigene Klassenräume für bestimmte Klassen) und der "Gefährdung" Jüngerer, wenn diese einmal in diese Klassenräumen unterrichtet werden, anschließen.

cc) *Kein Primat der negativen Rezipientenfreiheit bei Option der Ausübung der positiven Freiheit*

So stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von positiver Freiheit zu negativer Rezipientenfreiheit. Das BVerfG verlangt, daß die Ausübung der positiven Freiheit vom

„Prinzip der Freiwilligkeit geprägt sein ... und Andersdenkenden zumutbare, nicht diskriminierende Ausweichmöglichkeiten lassen“<sup>739</sup>

müsse. Das „Prinzip der Freiwilligkeit“ betrifft die negative Freiheit, der Hinweis auf den Verbleib von „Ausweichmöglichkeiten“ den Schutz der negativen Rezipientenfreiheit. Wie ist das Verhältnis von negativer Rezipientenfreiheit zu positiver Freiheit? Könnte nicht die Eröffnung von Optionen für die positive Freiheit – Aufhängen eigener Symbole – höhere Anforderungen an die Toleranz im Sinne einer negativen Rezipientenfreiheit rechtfertigen? *Demnach wären weniger Ausweichmöglichkeiten im Rezipientenstatus gefordert, wenn eine positive Mitgestaltung möglich ist.* Eine grundsätzliche oder prinzipielle Rangfolge,<sup>740</sup> die von einem Vorrang des positiven Bekenntnisses ausgeht, wenn Mitgestaltungsoptionen eröffnet werden, ist naheliegend. *Wer diesem Vorrang im Einzelfall nicht Rechnung trägt, dem obliegt die (formelle) Begründungslast.*

Der folgende Abschnitt wendet sich der Frage zu, inwieweit die BVerfG-Rechtsprechung zur Garantie von positiven, negativen und (Rezipienten-) Freiheiten auf den Schutz der werblichen „Meinung“ in Art. 5 und 12 GG übertragbar ist.

**3. Konkordierung positiver und negativer (Rezipienten-)Freiheiten innerhalb der werblichen „Meinungsfreiheit“ (Art. 5 GG) und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (Art. 12 GG)**

Bisher fehlt eine Rechtsprechung des BVerfG zur Beeinträchtigung der negativen Rezipientenfreiheit durch klassische Werbung, die im Kontext hoheitlichen Handelns (Unterricht) oder in öffentlichen Räumen erfolgt. Fraglich ist, ob die Parallelbetrachtung von positiver und negativer Rezipientenfreiheit, die das BVerfG in Art. 4 GG gefunden hat, auf kommerzielle Werbung im Rahmen von Art. 12 GG oder Art. 5 GG übertragen werden kann. In Betracht käme – diesseits des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) – die Entwicklung eines in Art. 12 oder 5 GG neben positiver und negativer Freiheit enthaltenen Rezipientenschutzes.

---

739 BVerfG Beschl.v. 16.5. 1995 NJW 1995, 2477, 2480 "Kruzifix".

740 Zu Regel (Grundsatz) und Prinzip J.R.Siekmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, S. 52 ff.

a) *Kommerzielle Werbung in der staatlichen Sphäre als Parallelszenario zum „Kruzifixurteil“ – die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Neutralität (Art. 12 GG)*

Die *einfachrechtliche* Ausgangssituation von Glaubens- und kommerzieller Werbung in Schulräumen ist beispielsweise in Bayern grundsätzlich unterschiedlich: Die Glaubenswerbung wurde (nach der BVerfG-Entscheidung verfassungswidrig) *angeordnet*, während die kommerzielle Werbung in Schulräumen explizit *verboten* wird.<sup>741</sup> Die *verfassungsrechtliche* Ausgangssituation ist aber durchaus vergleichbar: stellt sich doch sowohl bei einem Schutz von Werbung nach Art. 12 GG als auch nach Art. 5 GG die Frage, inwieweit parallele Rezipientenfreiheiten in diesen Grundrechten- wie bei der Bekenntnisfreiheit – verankert sind. Der Ansatzpunkt für den Schutz der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 12 GG ist – wie bei Art. 4 GG – die Verpflichtung zur (wirtschaftlichen) *Neutralität*.

aa) *Vergleichbare Sachverhalte – Werbung in Räumen, die der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben gewidmet sind*

Das Ziel der Benutzung der staatlichen Sphäre für ihre Werbeziele ist religiöser und kommerzieller Sprache gemein.

Die „staatliche Sphäre“ ist als Begriff bewußt weit gewählt, um den unterschiedlichen Organisationsformen, die ein aus vielerlei Gründen im Privatisierungstrend begriffener Staat realisiert, Rechnung zu tragen. Auch hier soll wieder eine „Uferbetrachtung“ gewählt werden: Die eine Uferlinie sind *diejenigen Räumlichkeiten, die (auch) hoheitlicher Amtserfüllung (Art. 33 Abs. 4 GG) dienen*.

Beispiele sind Schulen, Gerichtssäle oder als konkretes Fallbeispiel das Rathaus der Stadt Nürnberg, das am Eingang mit einem sehr auffälligen Teppich mit Werbeschrift den Bürger begrüßt.<sup>742</sup>

Die andere Uferlinie bildet Werbung im Zusammenhang mit Leistungen, deren Erbringung (historisch) staatlich organisiert wurde; Leistungen, die aber nunmehr oft auch von Rechtspersonlichkeiten des Privatrechts – wenn auch oft mit (kapitalmäßiger) Beteiligung der öffentlichen Hände – erbracht werden.

Ein Anwendungsbeispiel ist das früher geforderte Verbot der Werbung auf Straßenbahnwagen.<sup>743</sup>

bb) *Vermeidungslast als Eingriff*

Bei den Beispielen handelt es sich zunächst ausschließlich um *Fremdwerbung*; vergleichbar der Werbung durch Kruzifixe hat diese Werbung aber auch Rückwirkungen auf die Selbstdarstellung *des Staates*, auf das Staatsbild.<sup>744</sup> Für die

---

741 Bayerisches Schulgesetz.

742 Der Nürnberger Stadtrat wollte 160 Fußmatten zu Werbezwecken vermieten; Schwabacher Tagblatt 1.7.1993, S. 15.

743 Anderer Ansicht G.Püttner, Reklame an städtischen Verkehrsmitteln? Rechtsfragen der Außenwerbung durch kommunale Unternehmen Archiv für Kommunalwissenschaften 6 (1967), 110, 115 ff m.w.N., der kaum rechtliche Argumente gegen die Werbung finden kann; originell allerdings seine – in der Praxis wohl kaum durchsetzbare Argumentation – daß Gemeinden, die mit baurechtlichen Verunstaltungssatzungen Werbeverbote erlassen, in diesen Gebieten "contra factum proprium" handeln, wenn ein kommunales Busunternehmen dort rollende Werbung auf den Bussen betreibt (S. 115).

744 W.Leisner, Der unsichtbare Staat, 1994, S. 197 mit der Befürchtung eines Verlusts staatlicher Autorität.

*Rezipienten* sind wiederum Belästigungs- und Beeinflussungsargument zu unterscheiden:

- (1) **Belästigungsargument.** Hier ist maßgeblich, wie lange oder eindringlich sie mit kommerzieller Werbung konfrontiert werden und wie hoch deshalb ihre Vermeidungslast ist.
- (2) **Beeinflussungsargument.** Hier ist maßgeblich, inwieweit sich das Staatsbild durch die Fremdwerbung – wegen ihres Inhalts oder des gewählten Werbeträgers- oder -mittels – desavouiert. Der Staat, der von den freien Berufen – etwa den Ärzten und Apothekern – verlangt, daß sie auf marktschreierische Eigenwerbung verzichten, um das Vertrauen der Bevölkerung in ihre Integrität zu schützen, muß sich auch fragen lassen, inwieweit die marktschreierische Fremdwerbung am Eingang seiner Rathäuser (siehe das Nürnberger Fußmattenbeispiel) in der Bevölkerung den Eindruck von Abhängigkeiten und Kommerzialisierung erweckt und so die Erfüllung staatlicher Aufgaben behindert.

*Sphären*, Innen- wie auch Außenräume, die *hoheitlicher Aufgabenerfüllung* gewidmet sind, wie die Schule oder Rathäuser – vermitteln am ehesten die Vermeidungslast, die notwendig ist, um dogmatisch eine Eingriffsähnlichkeit wie auch eine vergleichbare Beeinträchtigung bejahen zu können.

cc) *Unwägbarkeit der Beeinträchtigung als Argument gegen eine Eröffnung des Schutzbereichs*

Es handelt sich um Belastungen, die individuell und unterschiedlich wahrgenommen werden und die einer externen, objektiven Wahrnehmung und Kontrolle nicht zugänglich sind. Das BVerfG hat daraus jedenfalls in seinen Kruzifixurteilen zurecht nicht den Schluß gezogen, daß wegen dieser Schwierigkeiten der Feststellung des Eingriffs die negative Rezipientenfreiheit *nicht zu schützen* sei.

In der Praxis stellt sich die Aufgabe der Bewertung, weil die negative Rezipientenfreiheit bei visuellen Belastungen nicht objektiv meßbar<sup>745</sup> ist. Eine nicht meßbare Belastung wird mit positiven Freiheiten konkordiert. Allein der *Vorgang* der Konkordierung bedeutet die Gefahr einer Relativierung der positiven Freiheit. Diese Gefahr einer Relativierung durch Prozeß ist – anders als bei positiven Freiheiten – erst ab einer zu konkretisierenden *Schwelle der Berührung von Rezipientenbelangen* gerechtfertigt. Andernfalls bestünde die Gefahr, daß (vorgebliche) Rezipientenbelange zur Tarnung für die (einfachgesetzliche) Beschränkung von Grundrechten werden. Es ist nicht undenkbar, daß der Staat unter dem Mantel konfligierender Rechte Privater Grundrechte einschränkt und sich jeweils selektiv für die Interessen *der* Privaten aktiv und rechtsgestaltend einsetzt, die den seinen am nächsten stehen. Ein nicht nur in der BVerfG-Rechtsprechung klarer Fall ist die Existenz von Schutzpflichten, die eine Gefährdung für Leib und Leben voraussetzen. Wer darüber hinaus jenseits einer *Verletzung* des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine negative Rezipientenfreiheit etablieren will, die – wegen der

---

745 Anders als bei akustischer Werbung, bei denen die TA-Lärm zumindest Anhaltspunkte bietet.

Nicht-Meßbarkeit des Beeinflussungspotentials wie auch der Belästigung – sich einer *Gefährdung* von Rezipienteninteressen annähert, der muß zur Eröffnung des Schutzbereichs jedenfalls beim Beschwerdeführer/Kläger *eine wesentliche Beeinträchtigung* verlangen.

Die Aufgabe besteht in der Bestimmung der Schwelle – und hier muß sich die Rechtsprechung wie auch gegebenenfalls der einfache Gesetzgeber angesichts der grundsätzlich fehlenden Objektivierbarkeit der Beeinträchtigung maximale Darlegungspflichten gefallen lassen. Diese formale Begründungsebene ist aber nur dann erreicht, wenn eine Ausweichmöglichkeit (oder eine Erschwerung der Vermeidung) *nicht gegeben ist*.

b) *Vergleichbare Neutralität bei religiöser und wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit (Art. 12, 14 GG)?*

Ein dogmatischer Ansatzpunkt für eine Übertragung der Konstruktion der parallelen Rezipientenfreiheit von Art. 4 GG auf Art. 12 GG könnte die in der BVerfG-Rechtsprechung auch dort verankerte Neutralitätsverpflichtung des Staates sein. Diese könnte für die negative Rezipientenfreiheit bei kommerzieller Sprache Bedeutung erlangen, weil Werbung Bestandteil wirtschaftlicher Betätigung ist. In der Investitionshilfeentscheidung definiert das BVerfG:

„Die „wirtschaftspolitische Neutralität“ des Grundgesetzes besteht lediglich darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet.“<sup>746</sup>

Im Vergleich mit der Neutralität bei den Bekenntnisfreiheiten handelt es sich im *Abstinenzaspekt* um eine *wesentlich abgeschwächte* Form der „Neutralität,“ die eine Intervention des Staates zuläßt :

„Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt *noch eine nur mit marktkonformen Mitteln* zu steuernde „soziale Marktwirtschaft“.

Wenn Werbung also Bestandteil wirtschaftlicher Betätigung ist, dann *würde die Neutralität den* Staat *nicht* verpflichten, in seinen hoheitlichen Räumen *werbungsabstinent* zu bleiben: Und zwar unter dem Aspekt der negativen Freiheit *nicht*, soweit er im Rahmen des Möglichen Werberaum allen Interessierten zu gleichen Bedingungen zur Verfügung stellt und auch nicht unter dem Aspekt der negativen Rezipientenfreiheit, weil die „wirtschaftspolitische Neutralität“ Rezipientenbelange weniger unmittelbar beinhaltet als die strikte Verpflichtung zur Neutralität im Bekenntnisrecht. Bei der Kommerzialisierung öffentlicher Lebensräume handelt es sich zudem *nicht* um die Verfolgung von Wirtschaftspolitik im

---

746 BVerfG 4, 7, 17f.

Sinne der Investitionshilfeentscheidung, sondern um die Verfolgung finanzpolitischer Eigeninteressen des Staates, der diese Mittel zur Schonung oder Sanierung seiner Haushalte verwenden möchte. *Unmittelbar* könnte *also die Neutralitätsverpflichtung im Sinne des Investitionshilfeurteils nicht Grundlage des Schutzes negativer Rezipientenfreiheit in Art. 12 GG* sein. Die Konsequenzen, die aus dieser unterschiedlichen Bedeutung der Neutralität im Bekenntnis- und im Wirtschaftsrecht für positive, negative und Rezipientenfreiheit zu ziehen sind, ist die Verortung des Rezipientenschutzes gegenüber kommerzieller Sprache als subjektiv-öffentlichem Recht zunächst „nur“ im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (*Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG*). Eine auch dogmatisch erfassbare, auf einer Ebene feststellbare Dreiteilung – positive Freiheit, negative Freiheit und negative Rezipientenfreiheit – im Rahmen von Art. 12 GG ist nicht festzustellen.<sup>747</sup> Staatlich zugelassene Fremdwerbung erfolgt aber nicht nur in Räumen, die hoheitlicher Aufgabenerfüllung gewidmet sind, sondern erreicht den einzelnen auch in seiner Privatsphäre:

c) *Fremdwerbung von Staat und öffentlichen Unternehmen außerhalb der eigenen Sphäre*

Umstritten ist, ob öffentliche Unternehmen<sup>748</sup> eines Ermächtigungsgesetzes für die Fremdwerbung bedürfen, also den *Gesetzesvorbehalt* wahren müssen.

aa) *Grundrechte der Konkurrenten*

Die Wirtschaftstätigkeit eines öffentlichen Unternehmens führt nach gefestigter Rechtsprechung „nur“ zu einer Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks; eine Grundrechtsbeeinträchtigung ist nur in Ausnahmefällen gegeben, nämlich dann, wenn ein Konkurrent aufgrund der staatlichen Tätigkeit in Existenznot gerät<sup>749</sup>. Wenn bereits die Aufnahme wirtschaftlicher *Betätigung* durch den Staat nur selten dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt unterliegt, dann gilt dies noch eher für sogenannte „Randnutzungen“, bei denen Verwaltungsmittel, die zur Erfüllung öffentlicher Ausgaben genützt werden, als Werbeträger dienen oder mit Werbebeilagen versehen werden<sup>750</sup>.

---

747 Dies schließt indes nicht aus, daß – so eine Konkordierung mit Art. 2 Abs. 1 GG nicht notwendig wird, weil es sich um einen Allgemeinwohlbelang handelt – das negative Rezipienteninteresse als Allgemeinwohlbelang eine Einschränkung der in Art. 12 GG verankerten Werbefreiheit nach der Drei-Stufentheorie rechtfertigt (Art. 12 Abs. 1 S.2 GG). Die Allgemeinwohlbelange müssen nicht selbst subjektiv-öffentliche Rechte beinhalten (Bsp.: die Berücksichtigung von ästhetischem Umweltschutz bei der Außenwerbung).

748 Allgemein U.Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 22- 43; N.Zimmermann, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, 1993.

749 U.Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 215 ff m.w.N.; BVerwG Beschl.v.21.3.1995 GewArch 1995, 329 f. Zur konkurrierenden Zuständigkeit der Zivilgerichte (Bsp. OLG Karlsruhe 22.2.1995 "Schilderverkauf" WRP 1995, 857) und der Prüfung anhand von § 1 UWG, K.A.Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 412 ff.

750 P.Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Abschnitt Rn 130, in: E.Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 10.Aufl., 1995.

bb) Grundrechte der Rezipienten: Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist die Übersendung von Werbematerial *mit* Kontoauszügen des Postgiroamtes der damals staatlichen Deutschen Bundespost.<sup>751</sup> Der Kläger hatte die Beklagte, die Deutsche Bundespost, zuvor davon in Kenntnis gesetzt, daß er *keine* Werbung erhalten wolle. Der Kläger sah in der weiteren Zusendung des Werbematerials eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art.2 Abs.1 i.V.m. Art.1 Abs.1 GG). Das BVerwG hält zunächst – entgegen der zivilrechtlichen Rechtsprechung beispielsweise zur Briefwerbung<sup>752</sup> – den Widerspruch des Klägers gegen die Werbung für die Frage des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht irrelevant. Der Widerspruch als Manifestation des Willens des Klägers begründe keine Rechte, sondern bewirke lediglich, daß

„die Frage einer Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu *prüfen* ist“.

Ob der Schutzbereich eröffnet sei, hänge vom Ergebnis der Güter und Interessenabwägung ab;<sup>753</sup> im Ergebnis liege eine unzumutbare Belästigung des Klägers nicht vor, weil es zumutbar sei, bis zu dreimal im Monat einen Blick auf eine als solche ohne weiteres erkennbare Werbebeilage zu werfen und sie sodann mit einer Handbewegung in den Papierkorb zu befördern. „*Das wirtschaftliche Interesse der Bundespost habe auf jeden Fall größeres Gewicht als der Wunsch des Klägers von Werbung verschont zu werden*“<sup>754</sup>. Hier ist die Interessenabwägung also nicht ein Prozeß der Konkordierung *nach* Eröffnung des Schutzbereichs, sondern setzt bereits bei der Ermittlung des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein. So auch die Konsequenz, die das BVerwG zieht: Der Kläger kann *nicht*

„mit Hilfe des Persönlichkeitsrechts jedwede Belästigung, auch die geringfügige, abwehren“<sup>755</sup>.

Mit dieser Abwägungskonstruktion auf *Schutzbereichsebene* verzichtet das Gericht auf die Einhaltung des Gesetzesvorbehalts in Art. 2 Abs. 1 GG, der sonst auch bei *geringfügigen* Grundrechtseingriffen gewahrt werden muß.<sup>756</sup> Bereits aus diesem Grunde kann der Entscheidung nicht gefolgt werden. Diese *Erheb-*

---

751 Der Fall ereignete sich vor der Umstrukturierung der Deutschen Bundespost: VG Hannover Urte. v. 9.1.1986 NJW 1986, 1630; OVG Lüneburg NJW 1988, 1867; BVerwG Urte. v. 21.4.1989 NJW 1989, 2409.

752 Zusammenfassend I.Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, 1996, S. 81-98.

753 BVerwG Urte. v. 21.4.1989 NJW 1989, 2409.

754 BVerwG Urte. v. 21.4.1989, NJW 1989, 2409 f.

755 BVerwG Urte. v. 21.4.1989, NJW 1989, 2409; anders die Erinstanz VG Hannover Urte. v. 9.1.1986 NJW 1986, 1630, 1632.

756 So auch D. Ehlers, *Die unerwünschte Zusendung von Werbematerial durch öffentliche Unternehmen*, JZ 1991, 231, 233.

**lichkeitsschwelle** ist nach hier vertretener Ansicht allenfalls bei einer parallelen negativen Rezipientenfreiheit, die dem Vorrang des expliziten Schutzes positiver Grundrechtsausübung Rechnung tragen muß, berechtigt (dazu siehe oben unter 4 c) – nicht aber bei einem explizit verbürgten Schutz der Passivität im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG. Der Schutz **durch eine parallel verankerte, negative Rezipientenfreiheit** würde voraussetzen, daß der Staat bei der Zulassung von Fremdwerbung selbst Grundrechtsschutz beanspruchen kann:

Weil weder der Staat noch die öffentlichen Unternehmen, soweit sie überwiegend in Staatsbesitz sind, grundrechtsfähig sind<sup>757</sup>, sich also weder auf Art. 5 noch Art. 12 GG selbst berufen können, kann die negative Rezipientenfreiheit nur durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und nicht durch **die negative Seite der Grundrechte** geschützt werden. Dies mag durchaus systemgerecht sein, soweit staatliche Aufklärungsarbeit oder Warnungen betroffen sind. Nicht überzeugend ist diese Privilegierung, wenn der Staat oder öffentliche Unternehmen Fremdwerbung betreiben. Hier könnte die negative Rezipientenfreiheit durch Art. 12 GG – als subjektiv-öffentliches Recht oder als Allgemeinwohlbelang – geschützt sein, weil ein eigener Meinungsinhalt nicht weitergegeben wird (Art. 5 GG) und die Randnutzung Ausfluß der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit von Staat oder Unternehmen **wäre**. Für dieses „abstrakte“ Defizit gibt es aber keine dogmatisch befriedigende Lösung. Eine „Verschärfung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), die nur bei staatliche vermittelten Werbung einschlägig wäre, widerspricht der Natur des Persönlichkeitsrechts. Entweder es ist verletzt oder es ist nicht verletzt; die Quelle der Verletzung darf dabei weder zu höheren noch zu niederen Schranken führen.

#### **4. BVerfG-Rechtsprechung zur negativen Rezipientenfreiheit bei nicht-kommerzieller Sprache außerhalb von Art. 4 GG**

##### **a) Gleichrangigkeit von Aktivität und Passivität durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)**

Das BVerfG hat die **Gleichrangigkeit** von positiver Freiheit und negativer Rezipientenfreiheit **neben** der Bekenntnisfreiheit in der Schule (Art. 4 GG) in einem weiteren **Sonderrechtsverhältnis** angenommen; nämlich bei Meinungsäußerungen unter Bundeswehrsoldaten (Art. 5 GG). So hat es anlässlich der Untersagung einer Solidaritätsadresse von Soldaten für Kernkraftgegner, deren Verabschiedung das Ergebnis von persönlicher Werbung eines Soldaten in der Kaserne war, ausgeführt:

„Politischen Aktivitäten anderer Soldaten ist (erg. der Soldat) ausgesetzt, ohne ihnen **ohne weiteres aus dem Weg gehen zu können**. Sein Grundrecht auf unbedingte Achtung des privaten Lebensbereichs (**Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG**), sein Anspruch „in Ruhe gelassen zu werden“... sind... gefährdet und ... schützenswert. ...unter den besonderen Bedingungen des militärischen Lebensbereichs (erg. gebietet) der **Schutzanspruch** der anderen, sich nicht gegen ihren Willen

---

<sup>757</sup> Die Frage ist umstritten; das BVerfG Kammer Beschl.v.16.5.1989 NJW 1990, 1783 lehnt es bei einer AG, die zu 72 % im Besitz der öffentlichen Hand ist, ab. Für eine grundsätzliche Geltung der Grundrechte für juristische Personen des öffentlichen Rechts K.A.Nagel, Werbeverbote, 1992, 64.

einer sie bedrängenden Inanspruchnahme oder Beeinflussung seitens ihrer Kameraden *mit deren Gedankenwelt* aussetzen lassen zu müssen, eine *gleichrangige* Berücksichtigung. .... Dies umsomehr, als die Freiheit des Beschwerdeführers, sich während seiner dienstfreien Zeit außerhalb der dienstlichen Unterkünfte politisch zu betätigen und für seine politischen Meinungen zu werben, hierdurch unangetastet bleibt.“<sup>758</sup>

Für den Schutz *vor* Werbung unter Soldaten hat das BVerfG damit die negative Rezipientenfreiheit und Meinungsäußerungsfreiheit *im Ergebnis gleichrangig qualifiziert*, auch wenn es den (weiteren) Schritt einer *parallelen Verankerung der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG nicht gegangen ist*. Dieser systematische Ansatz des Schutzes der Rezipientenfreiheit als „allgemeines Persönlichkeitsrecht“ wird durch die am Ergebnis zu belegenden, extensive Interpretation fast unerschütterlich: Inwieweit hat der Anspruch, nicht mit bestimmten Kommunikationsinhalten konfrontiert zu werden, Bezug zur Sphäre des Persönlichen? Nach hier vertretener Ansicht gibt es einen solchen Bezug im vom BVerfG gemeinten Sinne nicht (siehe zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unter V 10). Es darf einen solchen Bezug auch nicht geben, weil sonst in all den Fällen, in denen *Grundrechtsträger zu einem Miteinander verpflichtet sind*, der Staat unter dem Mantel des Schutzes von Rezipienteninteressen zum Richter über Meinungsäußerung und Meinungsinhalte wird.

Das darf und müßte er, soweit es um die Publizität seiner Beamten, Soldaten und Angestellten „nach außen“ geht. Hier kann die staatliche Selbstdarstellung wie auch die Aufgabenerfüllung berührt sein, wenn etwa die persönliche Unbefangenheit von Beamten (Art. 33 Abs. 5 GG, §§ 35 Abs. 1 S.2, 36 BRRG) nicht mehr gegeben ist oder zumindest ein solcher Anschein erweckt wird.

Im „Soldatenwerbungsfall“ handelt es sich aber nicht „nur“ um die Untersagung der Veröffentlichung der Solidaritätsadresse in einer Zeitung, sondern um den Schutz vor Werbung für eine solche im Innenverhältnis. Soldaten sollen als Ausfluß *ihres* allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor Gedanken geschützt werden und ihnen die Last der Gegenargumentation wie des Schweigens abgenommen werden (Vermeidungslast).

Demzufolge müßte etwa in den Amtsstuben auch Redeverbot über politische Inhalte bestehen, weil hier wie im militärischen Lebensbereich Bedingungen bestehen, die die Akzeptanz eines oktroyierten Miteinanders fordern, die etwa durch politische oder Glaubenswerbung gefährdet wäre.

Einer solchen Restriktion steht aber ein ganz anderer Bezug zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht wie auch der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)<sup>759</sup> der Rezipienten entgegen, als das BVerfG sie annimmt. Die Grundrechtsträger müssen *vorrangig* selbst darüber entscheiden dürfen, inwieweit Kommunikation ihr

---

758 BVerfGE 44 197, 203 f. Auch M.Kloepfer, 1991, a.a.O., S. 62 f weist auf diese Entscheidung hin.

759 Soweit man hier nicht eine Verletzung der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S.1 2.Alt. GG) bejaht.

Leben bestimmt und wie sie mit der Sprache anderer Menschen umgehen. Der Staat kann deshalb im „Soldatenwerbungsfall“ nach hier vertretener Ansicht allenfalls objektiv-rechtliche Belange als allgemeines Gesetz nach Art. 5 Abs. 2 GG gegen die Meinungsfreiheit einwenden; darüber hinaus muß er darlegen, wieso die Optionen des Weghörens, der Aufforderung zum Diskursabbruch und der Gegenargumentation im militärischen Bereich so belastend und spezifisch zu qualifizieren sind, daß ein Schutz – anders als im Umfeld der Kaserne – gefordert ist. Diese Forderung stellt allerdings nur die zutreffende Bewertung von Tatsachen in Frage, die der Entscheidung zugrunde liegen. Der hauptsächliche Einwand gegen die Entscheidung ist der weitgehende, subjektiv-öffentlichrechtliche Schutz partikularer Rezipienteninteressen vor nicht-kommerzieller Sprache.

Wie weitgehend der Schutz der Rezipienteninteressen hier geht, verdeutlicht der Vergleich mit der Kruzifixrechtsprechung: Anders als in der Entscheidung zu den Kruzifixen in Volksschulen wird nicht das Fehlen einer Ausweichmöglichkeit, sondern „nur“ das nicht *„ohne weiteres aus dem Weg gehen können“* als Voraussetzung von Eingriff und Beeinträchtigung verlangt.

Die BVerfG-Entscheidung, die als Vorstufe zur Kruzifix-Rechtsprechung interpretiert werden kann, ist für diese Untersuchung aus zwei Gründen:

- Zum einen zeigt sie, daß die Grenzen zwischen extensiv interpretierten Persönlichkeitsrecht und paralleler Verankerung der negativen Rezipientenfreiheit fließend sind.
- Zum anderen drängt sich – wenn man dem Gericht folgt – die Frage auf, inwieweit die Situation des Rezipienten in einer kommerziellen Sprachwelt vergleichbar den besonderen Lebensbedingungen des militärischen oder schulischen Lebensbereiches ist – *eine besondere Lebenssituation, die im folgenden als „qualifizierte Rezipientensituation“*<sup>760</sup> bezeichnet wird. Es ist nicht ausgeschlossen, daß das „Recht in Ruhe gelassen zu werden“ durch offensive Werbung etwa in staatlichen Hoheitssphären ähnlich gefährdet wird.

Die Besonderheiten des Soldaten- und Schulverhältnisses können nicht nahtlos auf das Verhältnis von werbenden Kommunikatoren und Rezipienten im Bereich der kommerziellen Sprache übertragen werden. Hier sind differenzierende Kriterien gefordert.

b) *Kombinationsformel aus „qualifizierter Rezipientensituation“ und „Vermeidungslast“*

Der Eingriff in die negative Rezipientenfreiheit kann durch zwei Kriterien bemessen werden: zum einen, wieviel Mühe es macht, die Sprache zu vermeiden (Vermeidungslast: Zappen, Wegblicken ...) und zum anderen die Zumutbarkeit der Konfrontation mit Sprache in einer „qualifizierten Rezipientensituation“.<sup>761</sup>

---

760 Nicht zu verwechseln mit dem "qualifiziert negativen Rezipienteninteresse" wie unter V 1 c).

761 Ähnlich auch das "3-Stufen-Modell" des sog. Konfrontationsschutzes bei D.Heckmann, Eingriff durch Symbole? JZ 1996, 880, 885, der zwischen absolutem, relativen und funk-

Diese qualifizierte Rezipientensituation kann auch durch den Werbenden selbst geschaffen werden, wenn er Rezipienten aus dem Publikum auf eine Bühne mit Mikrophon holt und in eine Werbeshow einbezieht oder die Rezipienten an einen Ort bringt – wie das bei den berüchtigten Kaffeefahrten in den Lokalen der Fall ist – an dem sie mit Werbung konzentriert konfrontiert werden.

Eine Summenargumentation hinsichtlich beider Aspekte ist zulässig. Eine besonders „qualifizierte Rezipientensituation“ verlangt dann weniger Aufwand bei der Vermeidungslast, um eine Verletzung des Rezipienteninteresses zu bejahen und umgekehrt.

Bei der kommerziellen Sprache könnte Fall III „Busengrapscher“<sup>762</sup> – und Fall II b „Tote Herzen“ Testfälle für eine solche negative Rezipientenfreiheit sein oder werden.

Bevor die Anwendung einer solchen Kombinationsformel anhand dieser Beispiele aus der (Rechtsprechungs-)Praxis geübt wird, ist ihrer Vereinbarkeit mit den bisher zur negativen Rezipientenfreiheit *in der Literatur* diskutierten Argumenten zu überprüfen.

##### **5. Schutz der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG bei kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache**

Die Bedeutung der Rezipientenfreiheit bei (nicht-)kommerzieller Sprache soll zunächst parallel für beide Varianten der Sprache erfolgen.

Diese vergleichende Darstellung bietet sich an, um die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Rezipientenfreiheit gegenüber der nicht kommerziellen Meinungsfreiheit wie der werblichen Meinungsfreiheit zu verdeutlichen.

###### **a) Unzulässigkeit von Außenwerbung bei Bejahung einer negativen Rezipientenfreiheit**

Die Grundannahme der Literatur ist, daß konstruktiv der Freiheit zu werben die Freiheit, nicht durch Werbung erreicht zu werden, gegenüberstehen kann. Eine Ansicht<sup>763</sup> lehnt die Annahme einer negativen Rezipientenfreiheit ab, weil sie *im Ergebnis* zur Verfassungswidrigkeit von all denjenigen Massenwerbeträgern und -mitteln führen würde, bei denen wenigstens ein Rezipient sich auf die negative Rezipientenfreiheit beruft *und* die Konkordierung nicht möglich ist

Das könnte für Fall II b „Tote Herzen“ Bedeutung haben.

Die Außenwerbung auf Plakattafeln könnte dann verfassungswidrig werden Diese Gefahr realisiert sich aber wegen der Verbindung des „*und*“ nicht. Die praktische

---

tionalen Schutz unterscheidet und zu diesen, ergebnisüberschriebenen Fallgruppen aber auf nur sehr schwer anwendbare Rechtsgrundlagen verweist: etwa wenn Art. 13 GG "zumindest reflexartig auch Konfrontationsschutz" (S.887) zugebilligt wird.

762 In Fall III wurde die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von den Untergeordneten verneint und vom BGH nicht geprüft, weil die Menschenwürde der Rezipienten verletzt sei; siehe unter ...

763 H.Faber, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1969, S. 64.

Konkordanz ermöglicht es, eine Verfassungswidrigkeit nur dann anzunehmen, wenn

„eine realisierbare und zumutbare Alternative, um einer Kommunikation auszuweichen“,

nicht gegeben ist.<sup>764</sup> Diese „Argumentation mit der Ausweichmöglichkeit“ findet sich auch in Ausführungen des BVerfG im Kreuzifixurteil („und Andersdenkenden zumutbare, nicht diskriminierende Ausweichmöglichkeiten lassen“).<sup>765</sup> **Ergebnisbetonte** Bedenken gegen die Annahme einer negativen Rezipientenfreiheit überzeugen damit nicht. Die negative Rezipientenfreiheit verlangt die Klärung der weiteren Frage, wie die Bewertung einer „Ausweichmöglichkeit“ erfolgt – also die Frage nach der Praktikabilität der Kombinationsformel.

b) *Negatives Rezipienteninteresse (in Art. 5 GG): Schutz vor Beeinflussung oder vor Belästigung?*

aa) *Schutz vor Beeinflussung oder Belästigung*

Die Literaturkritik ist auch in ihrer Argumentationsstruktur für den hier gewählten Ansatz weiterführend. Sie eine Ausprägung des Denkens in „Hintergrundrechtfertigungen“ siehe im 4.Kapitel III 3). Die Hintergrundrechtfertigung für die Meinungsfreiheit sei die innere Geistesfreiheit<sup>766</sup> und deshalb sei denkbarer Gegenstand einer *in Art. 5 GG geschützten, negativen Rezipientenfreiheit*<sup>767</sup> ein „Recht auf Abwehr unerwünschter Stimulationen“.<sup>768</sup> Es kommen bei dieser Differenzierung des Beeinflussungsarguments zwei Kriterien in Frage:

(1) *Schutz vor positiver Beeinflussung.* Hierunter ist der Schutz vor dem Beeinflussungspotential von (suggestiver) Werbung, die zum Kauf verleitet<sup>769</sup> (hier als „*positive Beeinflussung*“ bezeichnet) zu verstehen.

(2) *Schutz vor negativer Beeinflussung.* Hierunter ist der Schutz vor dem emotionalen „Überfall“ durch Außenwerbung (Fall II a „Tote Herzen“) mit Schockinhalten (hier als „*negative Beeinflussung*“ bezeichnet) zu verstehen.<sup>770</sup>

Die „nur“ visuelle Störung durch Außenwerbung per se ohne Bezug auf ihren Inhalt – *Schutz vor Belästigung* – sieht diese Meinung *nicht* von der negativen Rezipientenfreiheit umfaßt<sup>771</sup>, weil hier keine Stimulation vorläge.

---

764 W.Hoffmann-Riem, in: Alternativkommentar, Art. 5 Rn. 95.

765 BVerfG Beschl.v.16.5.1995, NJW 1995, 2477, 2480.

766 So auch G.H.Gornig, Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte, 1988, 140 f zur Gedanken- und Meinungsfreiheit.

767 H.Faber, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1969, S. 64 f.

768 Siehe zu diesem Ansatz auch I.Scherer, a.a.O., 1996, S. 61- 69 zur Anwendung im Zivilrecht.

769 Von H.Faber, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1969, S. 62 als "negative Kommunikationsfreiheit" bezeichnet.

770 Der zweite Aspekt war 1969 jenseits der für den Autor vorhersehbaren Realität und wurde deshalb nicht behandelt.

771 Auch das insoweit unreflektierte Ergebnis dieser Literaturmeinung erinnert an die Warnung der Mutter an die Amme, das Kind nicht mit dem Bad auszuschütten: Im Ergebnis

Begründet wird diese Behauptung in einer methodisch sehr fragwürdigen, weil ergebnisbetonten Weise<sup>772</sup>: würde man den Rezipienten auch vor Belästigung durch die Existenz von Außenwerbeträgern – und -mitteln schützen, dann könnten Hinweisschilder in der Außenwerbung verfassungswidrig sein während gleichzeitig tiefenpsychologisch-suggestive Zigarettenwerbung in Zeitschriften, die für die innere Geistesautonomie wesentlich gefährlicher sei („positive Beeinflussung“), zulässig bliebe.

Nach hier vertretener Ansicht muß negative Rezipientenfreiheit *sowohl dem Beeinflussungs- als auch dem Belästigungsaspekt* Rechnung tragen:

Derjenige der sich Zeitungen kauft hat sich in eine Situation begeben, in der mit Werbung zu rechnen ist, mag gewillter wie auch erfahrener im Umgang mit solchen Eindrücken sein; derjenige der Außenwerbung tolerieren muß, ist in seiner Passivität betroffen und Instrumentalisierungsversuchen vielleicht eher unerfahrener ausgesetzt.

Der Schwerpunkt des Rezipientenschutzes liegt (inzwischen) beim Belästigungsaspekt.

Die frühere Sichtweise, die eine Reduktion auf den Schutz der Willensfreiheit – positiver Beeinflussungsaspekt – vornimmt, ist historisch erklärbar. Damals war die Gefahr, daß der unerfahrene Beworbene instrumentalisiert wird, wahrscheinlich größer als heute. Der Beworbene wird heute von so vielen Seiten beworben, daß er Erfahrung im Umgang mit Werbung und teilweise Immunität gewinnt. Wegen dieser Immunität auf der einen, der Ubiquität von Werbung auf der anderen Seite, gewinnt der Belästigungsaspekt an Bedeutung. Warum sich etwas aussetzen, dessen Wirkungsweise man durchschaut und von dem man sich emanzipiert hat?<sup>773</sup> Hier besteht auch kein Schutzauftrag für das Recht.

Jedenfalls für den Bereich der Bekenntnisfreiheit geht auch das BVerfG in seiner Entscheidung zum „Kruzifix in Volksschulen“ zurecht über den Aspekt einer positiven oder negativen (suggestiven) Beeinflussung durch Symbole *hinaus* und stellt *auch auf den Belästigungsaspekt* ab.

Ein alleiniges Abstellen auf den Beeinflussungsaspekt lag angesichts der zu vermutenden, jugendbedingten Empfänglichkeit der Schüler für Symbole nicht ganz fern; auf diesen Aspekt stützt sich die Entscheidung indessen nicht vorrangig.<sup>774</sup>

#### *bb) Schnittmengen von Beeinflussungs- und Belästigungsaspekten*

Bei der Rezipientenfreiheit gegenüber nicht-kommerzieller Sprache ist der Schwerpunkt jüngerer Kommunikationsverbote wohl ebenfalls im Belästigungsaspekt zu suchen.

So bei dem Versuch, das Ansehen der Bundeswehr zu schützen wie auch beim Verbot der „Auschwitzlüge“ (§ 130 Abs. 3 StGB).

---

wird ein subjektiv-öffentliches Recht auf Schutz der Willensfreiheit abgelehnt und in den Bereich des objektiven Rechts verwiesen; H.Faber, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1969, S. 126.

772 H.Faber, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1969, S. 64 ff.

773 Soweit es sich um wahrheitsgemäße oder suggestive Werbung handelt.

774 BVerfG Beschl.v. 16.5. 1995 NJW 1995, 2477, 2479 "Kruzifix" stellt aber *auch* auf den appellativen Charakter des Kreuzes gegenüber der Jugend, die besonders leicht mentalen Beeinflussungen zugänglich sei, ab.

Es geht **vorrangig** um den Schutz der Mehrheits-Rezipienten vor besonders belastenden Diskursen, und – wenn nicht der Schutz von Jugendlichen betroffen ist – weniger um den Schutz vor Beeinflussung.

Auch bei der kommerziellen Sprache gibt es Fallgestaltungen, in denen sich beide Aspekte vermengen.

So liegt die Schock-Außenwerbung (Fall II b „Tote Herzen“) in der Schnittmenge von Beeinflussung- und Belästigungsschutz, weil die Beeinflussung als gravierend empfunden wird und die Belästigung durch die Auswahl des benutzten Werbeträgers **mitgeprägt** wird:

*c) Unterschiede des Schutzes der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG und in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG*

Unklar ist für die **Literatur**, ob die negative Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG<sup>775</sup> oder im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt ist.<sup>776</sup> Die (Literatur-)Forderung<sup>777</sup> nach dem Schutz der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG ist nur dann berechtigt, wenn die negative Rezipientenfreiheit des Art. 5 GG etwas anderes ist als die negative Rezipientenfreiheit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Der Unterschied im effektiven Garantiebereich für den Rezipientenschutz muß deshalb begründet werden.

**Gegen** eine in Art. 5 GG verankerte, negative Rezipientenfreiheit spricht, daß Kriterien für die Abwägung von positiver und negativer Freiheit in Art. 5 GG noch entwickelt werden müssen, während sie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht bereits durch die Unterscheidung in Intim- Privat- und Sozialsphäre konturiert sind. Die Übertragung dieser Sphärenbetrachtungen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m.

---

775 Th.Ch.Paefgen, Telefonwerbung im Brennspeigel der Justiz, Archiv für Post und Telekommunikation 1992, 12, 19. Zurückhaltender F.Henning-Bodewig, Schockierende Werbung, WRP 1992, 533, 537; dieselbe: "Werbung mit der Realität" oder wettbewerbswidrige Schockwerbung? GRUR 1992, 950, 952, die zwar dogmatisch ein "Verbraucherpersönlichkeitsrecht" ablehnt, gleichzeitig bei der Schockwerbung eine der Brief- und Telefonwerbung vergleichbares Eindringen in die "geistige und emotionale Privatsphäre" annimmt. Ihre Lösung ist die Berücksichtigung der Rezipienteninteressen im Rahmen der einfachgesetzlichen Interessenabwägung in § 1 UWG. Ein "allgemeines (einfachgesetzliches) Persönlichkeitsrecht des Umworbenen" bejaht St.Freund, Der persönlichkeitsrechtliche Schutz des Werbeadressaten, BB 1986, 409, 413; ein verfassungsrechtliches Verbraucherpersönlichkeitsrecht sowie eine negative Rezipientenfreiheit bei Werbung, die den Bereich des Art. 4 GG berührt, bejaht U.Wünnenberg, Schockierende Werbung – Verstoß gegen § 1 UWG, 1996, S.125 ff und S. 158 ff, mit der Folge der Unzulässigkeit von Schockwerbung. Mangelhaft an diesem Ansatz ist, daß die Eingriffsproblematik wie auch die Einwilligung einzelner Verbraucher nicht berücksichtigt wird.

776 Eher zweifelnd hinsichtlich eines Schutzes nach Art. 5 Abs. 1 GG W.Hoffmann-Riem, in: Alternativkommentar, Art. 5 Rn. 95. Ablehnend J.Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S.28, 30. Die Rechtsprechungslinie des BGH (gefestigt durch BVerfG-Kammerentscheidungen) bei der kommerziellen Sprache ist bisher eindeutig und bejaht "nur" einen Schutz im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder als einfachgesetzlicher Abwägungsbelang in der Interessenabwägung bei § 1 UWG.

777 So aber Th.Ch.Paefgen, Telefonwerbung im Brennspeigel der Justiz, Archiv für Post und Telekommunikation 1992, 12, 19. Unter Hinweis darauf, daß Art. 2 Abs. 1 GG dem Stellenwert des Rechts der Rezipientenfreiheit nicht gerecht werde.

Art. 1 Abs. 1 GG) auf Art. 5 GG scheidet aber aus, weil Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG insoweit (bei der negativen Rezipientefreiheit) *leges speciales* gegenüber Art. 5 GG sind.<sup>778</sup>

*Für* eine in Art. 5 GG verwurzelte Rezipientenfreiheit spricht, daß sie bei der kommerziellen Sprache unabhängig davon gewährleistet ist, ob Privatleute oder Unternehmen beworben werden. So hat die bisherige *Praxis* des Schutzes von negativen Rezipienteninteressen durch

die Anwendung des einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, des Eigentumsrechts und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu einer Zersplitterung des Rezipientenschutzrechts geführt (siehe unter V 11).

Diese Zersplitterung könnte durch die Rückführung auf zwei Gewährleistungen – allgemeines Persönlichkeitsrecht und parallele Rezipientenfreiheit – den Rezipientenschutz übersichtlicher gestalten.

Damit entfielen auch die Relevanz des alten Streitstandes, ob juristische Personen das allgemeine Persönlichkeitsrecht für sich beanspruchen können. Der Rezipientenschutz bei natürlichen Personen würde dann *vorrangig durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht* und *ergänzend durch die negative Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG* gewährt. *Für juristische Personen* bleibt es bei einem Schutz „nur“ nach Art. 5 GG, der dann eine Interessenabwägung von Aktivität und Passivität ermöglicht.

Dogmatisch spricht *für* die Konstruktion einer Rezipientenfreiheit, daß so deutlich gemacht wird, daß es sich um ein Grundrecht handelt, das sich von der herkömmlichen *Eingriffsdogmatik* durch die „Vermeidungslast“ unterscheidet und demzufolge den *Schutzbereich nur für erhebliche Beeinträchtigungen* eröffnet. Eine Voraussetzung der Praktikabilität der negativen Rezipientenfreiheit aus Art. 5 GG ist, daß Kriterien für die Konkordierung von positiver Werbefreiheit und negativer Rezipientenfreiheit gefunden werden. Dafür muß zunächst der Umfang der negativen Rezipientenfreiheit geklärt werden.

aa) *Erweiterung des Schutzes negativer Rezipienteninteressen durch eine parallele negative Rezipientenfreiheit?*

Die Verankerung der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG wäre dogmatischer Ausdruck der Gleichrangigkeit mit der positiven Freiheit und verlangte nach einer Konkordierung. Das Ergebnis mancher Konkordierungen könnte sein, daß der *Wille des Rezipienten zur Voraussetzung und zum Bestandteil verfassungsrechtlich geschützter Meinung* würde:

(1) In der Rechtsprechung *zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht* hat das bei kommerzieller Sprache vor allem zu *lokalen Einschränkungen* der werblichen Meinungsfreiheit geführt.

---

778 Etwas besonderes gilt im Verhältnis zu Art. 4 GG, wo die Verknüpfung der negativen Rezipientenfreiheit mit der Bekenntnisfreiheit über den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinausgeht.

Werbung, die den einzelnen in seiner Privatsphäre *erreicht*, wie etwa die Telefonwerbung, wurde unter Berufung auf das Persönlichkeitsrecht unterbunden.

Ein Recht auf eine werbungsfreie äußere Umwelt kann das Persönlichkeitsrecht nicht gewährleisten. Hier gilt die im Umweltrecht getroffene Wertung, daß Art. 2 Abs. 1 GG grundsätzlich keinen Anspruch auf Gestaltung oder Belassung einer bestimmten Umwelt gewährt.<sup>779</sup>

- (2) Eine negative Rezipientenfreiheit, die *innerhalb des Meinungsfreiheitsrechts gewährt würde*, knüpft demgegenüber nicht an den Kontext der Persönlichkeitsverletzung, sondern an die Tatsache und das Rechtsgut des „sich Äußerns“ und des „nicht rezipieren Wollens“ an. Die Beiordnung von Kommunikations- und negativer Rezipientenfreiheit könnte den einzelnen damit auch vor Werbung schützen, mit der er außerhalb der von ihm gestalteten Privatsphäre konfrontiert wird (Fall II b „Tote Herzen“) und damit den Rezipientenschutz *erweitern*.<sup>780</sup> So würde der Schutzbereich bereits eröffnet, wenn ein Grundrechtsträger eine Meinung äußert und ein anderer zumindest eine Vermeidungslast hat.

Ein Beispiel ist Fall II a („Tote Herzen“): Bei dieser Form der Außenwerbung geht es nicht nur um das Ausweichen vor einer Plakatwand, sondern um die Emotionen, die *vor* dem Wegblicken geweckt werden, und die den einzelnen und seine Kinder in seinem täglichen Lebensumfeld „überfallen“ sollen (negative Beeinflussung). Es handelt sich nicht um einen Eingriff in die vom *Rezipienten gestaltete Persönlichkeitssphäre*. Es handelt sich um einen „Eingriff“ in seine negative Rezipientenfreiheit – dem „Nicht-Konfrontiert-Werden-Wollen“ mit einer bildlich provokatorischen, weil aus dem „Lebens“zusammenhang gerissenen, Abbildung von menschlichen, toten Herzen.<sup>781</sup> Die Trennung der Leichname von den Herzen, von Organen, die für manche Menschen einen besonderen Bezug zur Persönlichkeit haben, werfen Fragen auf. Bewegten kann den Rezipienten auch, wie ein Bekleidungsunternehmen in den Besitz dieser Leichenteile gekommen ist. Fragen, die bereits auf eine „Mutter“ von dreijährigen Kindern beim täglichen Einkaufsgang zukommen und mit denen sie wegen dieses Anlasses (Werbung) nicht konfrontiert werden will.

---

779 Ein lokal bedingter Ausnahmefall OVG Berlin Urt.v. NJW 1975, 2261 zum Recht auf Umweltgenuß an Bäumen, die dem Bau eines Kohlekraftwerks hätten weichen müssen.

780 Das zweite Argumente läßt sich aber auch noch einmal wenden: Die Verankerung der negativen Rezipientenfreiheit in Art.5 statt in Art.2 Abs.1 i.V.m.Art. 1 GG hätte den Vorteil, daß Aktivität und Passivität in *einer* Grundrechtsgewährleistung gegeneinander abgewogen werden könnten und damit der Gefahr begegnet würde, daß durch eine Extensivierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber Meinungsäußerungen eine etwa bestehende Privilegierung von Aktivität im Grundrechtskatalog insbesondere bei Art. 5 GG verkannt wird; daß diese Gefahr nicht von der Hand zu weisen ist, zeigen die später erörterten Parteiwerbungsfälle bei der Briefkastenwerbung, wo Untergerichte immerhin der Meinung waren, daß sich Briefkasteninhaber durch Vermerke an ihren Briefkästen auch vor Parteiwerbung schützen könnten.

781 Um sonst einen Blick auf drei tote menschliche Herzen zu erlangen, wäre ein Gang in die Pathologie vonnöten gewesen, der aber auch die entsprechende Vorbereitung erleichtert. Die Schockwirkung wird auch dadurch nicht gemildert, daß es sich dem Vernehmen nach "nur" um Tierherzen handelt, die als menschliche Organe ausgegeben werden.

Bei der *ideellen und medialen Sprache* würde eine solche dialogische Betrachtung innerhalb des Kommunikationsrechts zur Unterbewertung der positiven Freiheit führen.

Jede Meinungsäußerung am Stammtisch, in der Presse oder in der Familie darf nicht bereits vor der Äußerung in Betracht ziehen müssen, daß ein anderer diese Meinungsäußerung (mit diesem Inhalt) nicht hören will – eine solche Pflicht zur Rücksichtnahme wäre im günstigsten Falle diskurserschwerend. Auch könnte die Werbung einer Partei für Organspenden mit dem Poster in Fall II b („Tote Herzen“) nicht unter Hinweis auf die negative Rezipientenfreiheit untersagt werden.

*Insoweit gilt, daß im Bereich der ideellen Sprache ein über das allgemeine Persönlichkeitsrecht hinausgehender Rezipientenschutz nicht gegeben ist.* Der Schutz vor Beeinflussung und Belästigung verhindert, daß ein Diskurs entsteht. Die Gegenwehr wie auch das Desinteresse der Rezipienten ist im Bereich der ideellen Sprache Voraussetzung für die Weiterentwicklung des Diskurses. Der Wille, zu beeinflussen, verlangt auch die Inkaufnahme der Belästigung des Rezipienten. *Bei der ideellen Sprache muß der Rezipient dies hinnehmen, weil er seinerseits die positive Option – die Gegenrede – hat.* Bei der kommerziellen Sprache fehlt sie (dazu unter cc).

*bb) Negative Rezipientenfreiheit bei nicht-kommerzieller Sprache als Verstoß gegen das Enumerationsprinzip in Art. 5 Abs. 2 GG?*

Das ausschlaggebende Argument gegen eine in Art. 5 GG verankerte negative Rezipientenfreiheit bei *der nicht kommerziellen Sprache* ist ein systematisches, nämlich Art. 5 Abs. 2 GG. Anders als Art. 4 GG, bei dem es sich um ein „nur“ immanent beschränkbares Grundrecht handelt, kennt Art. 5 Abs. 2 GG bereits speziell benannte, negative Rezipientenfreiheiten im Rahmen des Ehr- und Jugendschutzes.

Zwar könnte man einwenden, daß es sich beim Ehrenschatz um einen Anwendungsfall des „qualifizierten negativen Rezipienteninteresses“ (siehe oben unter V 1 c) handelt. Mit dem Vorbehalt für den Jugendschutz hat der Verfassungsgeber explizit den Schutz der allgemeinen negativen Rezipientenfreiheit ermöglicht.

Immer wenn der Gesetzgeber *darüber hinaus* Rezipientenbelange schützen will, kann er das nur auf der Ebene des „allgemeinen Gesetzes“ tun.

Aktuelles Beispiel für diese Erweiterung des Schutzes der negativen Rezipientenfreiheit auf der Ebene des „allgemeinen Gesetzes“ ist der Versuch, die Bundeswehr vor Verunglimpfung durch Tucholsky Zitate wie „Soldaten sind Mörder“ durch ein Gesetz zu schützen.<sup>782</sup>

Die *Systematik* von Art. 5 GG steht damit einer Beiordnung weiterer, *unbenannter Rezipientenfreiheiten* in Art. 5 GG entgegen; teleologisch soll für den Bereich der nicht-kommerziellen Sprache die negative Rezipientenfreiheit *nur* in

---

<sup>782</sup> Dazu, daß es sich bei der "Ehre der Bundeswehr" nicht um die "private Ehre" im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG handelt G.Gounalakis, "Soldaten sind Mörder", NJW 1996, 481, 483.

den speziell benannten Fällen dem Kommunikationsfluß entgegenstehen und dies nur dann, wenn Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG) die negative Rezipientenfreiheit schützen. Und der Kommunikationsfluß soll so *privat* wie möglich stattfinden; Meinungsfreiheitsrecht ist das Recht des Mißtrauens gegenüber staatlicher Involvierung in einem Prozeß, der (un-)mittelbar auch die Kritik an Staat und Regierung zum Gegenstand haben mag.

*cc) Erweiterung des Rezipientenschutzes bei kommerzieller Sprache wegen Fehlens der „positiven Option“*

Etwas anderes könnte aber für kommerzielle Sprache, insbesondere die Werbung gelten. Wenn Werbung als „Meinung“ geschützt wird, dann stellt sich für die negative Rezipientenfreiheit die Frage der Differenzierung zwischen kommerzieller und nicht kommerzieller Sprache. Faktisch entspricht hier dem Interesse des Werbenden möglichst viele Menschen zu erreichen,<sup>783</sup> wofür er<sup>784</sup> im übrigen Meinungsmarkt in dieser Höhe nicht bekannte, finanzielle Mittel einsetzt, ein Bedürfnis nach höherem Schutz des Rezipienten, dem die *positive Option aus finanziellen und logischen Gründen* verschlossen ist.

Ein Beispiel ist Fall II a „Tote Herzen“. Hier besteht für den Rezipienten *nicht die Möglichkeit der positiven Option*: Werbung kostet Geld und deshalb kann der Rezipient grundsätzlich – anders als im Kruzifixbeispiel im Nicht-Diskriminierungsszenario (durch Aufhängen eigener Symbole) – nicht selbst Gegenwerbung betreiben. Selbst wenn er dies könnte, würde das von ihm beanstandete Übel – Außenwerbung – dadurch vermehrt und nicht vermindert – wäre also kontraproduktiv.

*dd) Verhältnis von positiver zu negativer Rezipientenfreiheit – das Mehrheitsproblem*

An die Bejahung einer Verletzung der negativen Rezipientenfreiheit schlosse sich bei Fall II a „Tote Herzen“ als anschließende Aufgabe eine Minderheits- und Mehrheitsbetrachtung an, weil es sicher auch Rezipienten gibt, die diese Form von (vorgeblicher) „Anti-Rassismus-Werbung“<sup>785</sup> anderer Außenwerbung, die sich in der Stellungnahme zum Produkt erschöpft, vorziehen. ***Das ist das Hauptproblem eines Schutzes der negativen Rezipientenfreiheit, der losgelöst vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfolgt.***

Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist einer Mehr- oder Minderheitsbetrachtung nicht zugänglich – die Mehrheit kann nicht in die Grund-

---

783 Hier muß selbstverständlich zwischen Werbeträgern und -mitteln unterschieden werden, die z.T. auch auf qualitative Einigung der Adressaten setzen. Die in diesem Abschnitt behandelte Außenwerbung (Fall VII) setzt auf die Quantität.

784 Man muß hier in einer Summenbetrachtung allen Wirtschaftswerbenden zusammenrechnen, weil mit all diesen Werbemitteln der Rezipient zumindest potentiell konfrontiert wird.

785 So die "Rechtfertigung" des Kampagnendesigners O.Toscani, Zeitmagazin v.14.3.1996, S. 15 f.

rechtsverletzung der Persönlichkeitssphäre auch nur eines einzelnen einwilligen oder einen Grundrechtsverzicht<sup>786</sup> erklären.

Demgegenüber relativiert sich bei den Kommunikationsgrundrechten *die negative Rezipientenfreiheit einzelner durch die positive Rezipientenfreiheit anderer*. Auch wenn diese positive Rezipientenfreiheit als „Anspruch auf Information“ selbst in Art. 5 GG als subjektiv-öffentliches Recht *nicht* geschützt ist<sup>787</sup>, müßte das positive Rezipienteninteresse im Lichte des Art. 5 GG zugrundeliegenden Prinzips *eines möglichst offenen Kommunikationsflusses*<sup>788</sup> die Konkordierung beeinflussen. Diese Relativierung positiver und negativer Rezipientenrechte, die zur Versagung der negativen Rezipientenrechte führen kann, würde nur dann nicht bestehen, wenn gerade bei der kommerziellen Sprache wegen der finanziellen Meinungsäußerungsschranken – Fehlen der positiven Option – die *negative Rezipientenfreiheit auch eines einzelnen oder der Minderheit* zur Unterbindung von „Meinungen“ ausreichen könnte. Damit ist die prinzipielle Frage nach dem Rang von Aktivität und Passivität gestellt.

d) *Aktivität vor Passivität?*

aa) *Prinzipieller Vorrang der Aktivität*

Die These vom Vorrang der Aktivität erschöpft sich im wesentlichen in der Negation eines gleichrangigen Schutzes von Aktivität und Passivität. Auch diese Ansicht kommt aber nicht umhin, negative Freiheiten zu schützen: Wenn Freiheit Tun *oder* Unterlassen bedeutet<sup>789</sup>, dann muß die negative Seite der Grundrechte logisch-begriffliches Korrelat zur aktiven Grundrechtsverwirklichung<sup>790</sup> sein. Andernfalls würden Freiheitsverbürgungen den Charakter als Freiheiten verlieren, weil sie zu gesellschaftspolitischen Lenkungsvorschriften, und damit zu *Grundpflichten* würden<sup>791</sup>.

Diese Betrachtungsweise überzeugt dann, wenn es um das Verhalten oder das Unterlassen durch *einen* Grundrechtsträger geht. Die Probleme einer Gesellschaft, die aus einer Vielzahl von Grundrechtsträgern besteht, werden mit dieser Verengung der negativen Freiheit nicht gelöst: Wenn die negative Seite der Freiheitsrechte so aufgefaßt wird, trägt sie zum vorliegenden Problem des Schutzes

---

786 Zum Meinungsstand Ch.Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, 134 ff; grundsätzlich auch bejahend zur Möglichkeit des Grundrechtsverzichts M.Sachs, in : Sachs, Grundgesetz, Vor Art. 1 Rdn. 33 ff.

787 BVerfGE 27, 71, 81 bejaht indes einen Anspruch auf Information in den Grenzen von Art. 1 Abs. 1 i.V.m.Art. 2 Abs. 1 GG.

788 Dieses Prinzip läßt sich auch aus der BVerfG-Rechtsprechung zur (fehlenden) Bestimmungsbefugnis des Staates darüber, wann eine "allgemein zugängliche Quelle"(Art. 5 Abs. 1 S.1 2.Alt.GG) vorliegt, ableiten (BVerfG 27, 71 (84 ff)).

789 H.Bethge, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NJW 1982, S.2145 (2147).

790 J.Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, S.29f.

791 J.Hellermann, S.50, Fn.144.

vor Werbung wenig bei. Es ist selbstverständlich, daß auf Schutzbereichsebene der einzelne und nicht der Staat entscheidet, ob er wirbt.<sup>792</sup>

Bei der negativen Rezipientenfreiheit macht der einzelne gegenüber dem Staat den Anspruch geltend, daß der Freiheitsgebrauch *anderer* beschränkt wird. Eine Gleichrangigkeit von Passivität und Aktivität könnte hier dazu führen, daß die positive Meinungsfreiheit nur noch theoretisch gewährleistet, praktisch wegen der Grundrechtskollision mit gleichrangigen, negativen Freiheitsrechten nicht mehr ausgeübt werden könnte. Jede Grundrechtsausübung, die unter dem Vorbehalt steht, andere nicht mit der Bezeugung dieser Grundrechtsausübung zeitlich und emotional belasten zu dürfen, würde ihren Garantiebereich verlieren. Es sei deshalb grundsätzlich Sache des Aufgesuchten, „dem ihm lästigen Missionar die Tür zu weisen – oder ihm auszuweichen“<sup>793</sup>.

Drei Elemente des klassischen Methodenkanons sollen diese Ansicht belegen:

(1) **Grammatische Auslegung:** Der grundsätzliche Primat der Aktivität bei der Meinungsfreiheit und der Berufsausübung ergebe sich auch aus dem (fehlenden) Wortlaut der Grundrechte, die weder in Art.5 noch in Art.12 eine *so verstandene* (vgl. Art. 12 Abs. 2 GG) negative Rezipientenfreiheit enthalten.<sup>794</sup>

Das grammatische Argument ist in der Grundrechtsdogmatik ein nur indizielles, kein zwingendes Argument. Auch so gebräuchliche topoi wie „Schutzpflichten“<sup>795</sup>, „Einrichtungsgarantien“ und „Werteordnung“ lassen sich im Grundgesetz ebenfalls nicht lesen.

(2) **Historische Auslegung:** Historisch gesehen wäre die negative Rezipientenfreiheit ein Novum, weil die unmittelbare Geltung der Grundrechte – ohne Ausgestaltung durch einfaches Gesetz – eine Errungenschaft des Grundgesetzes sei und deswegen vorher die negative Rezipientenfreiheit – mangels spezieller Gesetze – nicht bekannt gewesen sei.

Werbung in einer Finanz- und Medienflut ist indes ein so neues Phänomen, daß fehlende Tradition per se kein überzeugendes Argument ist.

(3) **Teleologische Auslegung:** Eine teleologische, an der Funktion der Grundrechte anknüpfende Auslegung unterscheide bei Grundrechten noch „*Handlungsrechte*“ und „*sonstige Freiheitsrechte*“. Die Handlungsrechte, wie die Meinungsfreiheit oder die Berufsausübungsfreiheit gewährleisteten die freie Betätigung der Bürger. Demgegenüber schützten sonstige Freiheitsrechte vor

---

792 Anwendungsfälle der negativen Meinungsfreiheit könnte aber die Fallgruppe der Aufklärungspflichten enthalten.

793 J.Hellermann, S. 108f unter Hinweis auf BVerwGE 30, 29 (33).

794 J.Hellermann, S. 147ff.

795 Jenseits von Art. 6 Abs. 1 Art. 1 Abs. 1 GG.

Eingriffen, wie die Eigentumsfreiheit (Art.14 GG) oder das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art.13 GG)<sup>796</sup>. Da bei den Handlungsrechten die Betätigung des Bürgers Zweck und Ziel des Grundrechts ist, soll die negative Rezipientenfreiheit nicht *mitgewährleistet* sein.<sup>797</sup>

Die pauschale Einteilung von Grundrechten in Handlungs-, Abwehr- und sonstige Grundrechte überzeugt nicht und läßt sich in dieser Kategorisierung bereits durch die Verfassung selbst in Frage stellen. Die „dogmatische“ Einordnung in Handlungsrechte und sonstige Freiheitsrechte unterschlägt nämlich die Unterschiedlichkeit der jeweils einschlägigen Schranken, die in ganz unterschiedlichem Maße bereits die Berücksichtigung von negativen Rezipientenbelangen – wenn auch nicht immer als Anspruch, so doch als Allgemeinwohlbelang rechtfertigen würden (etwa bei Art. 12 GG) und so den Vorrang der Aktivität in Frage stellen.

Ein Beispiel ist der Vergleich zwischen Meinungs-, Berufsausübungs- und Eigentumsfreiheit. Bei der Meinungsfreiheit findet sich die negative Rezipientenfreiheit des „Freiheitsrechts“ in den Schrankenbestimmungen vor allem des Jugendschutzes, bei der Eigentumsfreiheit findet sie sich auch in der Anordnung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums<sup>798</sup>, während sie bei der Berufsausübungsfreiheit nicht speziell benannt ist. Bei Berufsausübungs- und Meinungsfreiheit handelt es sich aber nach dieser Einteilung um „Handlungsrechte“, die die Berücksichtigung der negativen Seite prinzipiell *nicht* beinhalten sollen.

#### *bb) Schutzpflichten oder unmittelbare Drittwirkung*

Auch dogmatisch überzeugt der prinzipielle und grundsätzliche Vorrang der Freiheitsrechte nicht: Bei den *Handlungsrechten* werde der Schutz der Mitbürger dem einfachen Gesetzgeber zugewiesen, der nur bei Menschenwürdeverletzungen oder Gesundheitsgefährdungen<sup>799</sup> (Art.1 Abs.1 Art.2, Abs.2 S.1 GG) *zum Schutz* der „negativen Grundrechtsträger“ *verpflichtet* sein soll.<sup>800</sup> Der Grund für diesen restriktiven Schutz ist das instrumentale Verständnis vom Recht des Handelnden und vom Rechts des Rezipienten. Die Meinungsfreiheit als Eingriff in die negative Meinungsfreiheit eines anderen zu sehen, sei wegen der Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung nur über das Konstrukt der Schutzpflicht des Staates (nach der herkömmlichen Dogmatik) erfaßbar.<sup>801</sup> Hier wird deutlich, daß die negative Rezipientenfreiheit die individualrechtliche Kehrseite der Schutzpflichten des Staates ist. Bei Gleichrangigkeit von aktiver und passiver Grundrechtsbetätigung könnte der Staat zum einen die Schutzpflicht haben, daß in Grundrechte – wie die werbliche „Meinungsfreiheit“ – *nicht* eingegriffen wird. Zugleich könnte

---

796 Einteilung von J.Hellermann, S. 131, 135.

797 J.Hellermann, S. 233.

798 So sind Baugestaltungsordnungen, die Werbung in bestimmten Gebieten einschränken, Ausdruck der Sozialpflichtigkeit aber auch der negativen Rezipientenfreiheit der Nichtwerbenden.

799 Bsp. A.Stammkötter

800 J.Hellermann, S. 244, 248.

801 Zur historischen Auslegung vgl. auch J.Hellermann, S. 150f und zur "Schutzpflicht" des Staates gegenüber Bürgern vor störender Aktivität anderer Bürger S. 218ff.

der Staat bei jeglichem, meinungsfreiheitlich relevantem Handeln verpflichtet sein, die negative Rezipientenfreiheit zu schützen. Diese konträren Schutzpflichten seien unvereinbar mit dem Vorrang der Meinungsäußerungsfreiheit. Diesem dogmatischen Argument muß jedenfalls für den Bereich der Konkretisierung von Generalklauseln – die hier interessieren (§§ 1, 3 UWG, 823 BGB) – widersprochen werden.

*cc) Entscheidungsdeterminanz von Grundrechten bei „Generalklauseln“*

Hier löst sich die Trennung von mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung dergestalt auf, daß die Grundrechte in die Konkretisierung einfließen. Damit verlagert sich die Frage auf die zweite Ebene, nämlich darauf, ob die Rechtsprechung *nur* dann zum Schutz von negativen Rezipienteninteressen verpflichtet und berechtigt ist, wenn eine *Schutzpflicht* besteht oder sie auch einen *Schutzauftrag* annehmen kann. Es handelt sich um die bereits im 3. Kapitel angesprochene Frage der Weite des Entscheidungskorridors zwischen den *Untermaßen* des Grundrechtsschutzes für den Kommunikator und den Rezipienten. Bei der Anwendung von Generalklauseln sind zwei Fälle zu unterscheiden:

**(1) Schutzpflichten für die negative Rezipientenfreiheit.** Soweit eine Schutzpflicht für die negative Rezipientenfreiheit besteht, muß die Rechtsprechung (sie im Rahmen der Konkretisierung von § 1 UWG erfüllen).

Der Unterabschnitt e) wird sich der Frage widmen, ob Fall II b „Tote Herzen“ ein Beispiel für eine Schutzpflicht ist.

**(2) Nicht-Bestehen einer Schutzpflicht; der Schutzauftrag bei der nicht-kommerziellen Sprache.** Soweit *eine Schutzpflicht nicht besteht*, darf die Rechtsprechung bei der nicht-kommerziellen Sprache angesichts des klaren Vorrangs der Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 GG *weitere Verbreitungshindernisse* im Rahmen von § 1 UWG<sup>802</sup> und § 823 Abs. 1 BGB nicht kreieren. *Dagegen spricht der Vorbehalt des „allgemeinen Gesetzes“ in Art. 5 Abs. 2 GG.* Der Schutz von Rezipienteninteressen verhindert oder beschränkt den Zugang des Kommunikators zum Rezipienten – damit fehlt es bei einem über das allgemeine Persönlichkeitsrecht hinausgehenden Rezipientenschutz an der „Allgemeinheit“ einer solchen gesetzesvertretenden Rechtsprechung. Der Entscheidungskorridor ist auf die objektive Entscheidungsdeterminanz verengt. Untermaß des Schutzes der Meinungsfreiheit und der negativen Rezipientenfreiheit vereinigen sich auf einer Entscheidungslinie.

**(3) Nicht-Bestehen einer Schutzpflicht; der Schutzauftrag bei der kommerziellen Sprache.** Mit der Feststellung, daß *bei der nicht-kommerziellen Sprache* die Erfüllung eines Schutzauftrags zugunsten der negativen Rezipientenfreiheit abzulehnen ist, ist noch nicht geklärt, inwieweit das auch bei der kom-

---

802 § 1 UWG könnte bei der medialen Sprache relevant werden.

merziellen Sprache gilt. Hier könnte man – anders als bei der nicht-kommerziellen Sprache – den Vorrang der Meinung gegenüber dem Rezipienteninteresse ablehnen, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen (qualifizierte Rezipientensituation und eine erhebliche Vermeidungslast). Die werbliche „Meinung“ ließe dann zu, daß ein Korridor zwischen Kommunikations- und Rezipientenfreiheit entsteht und deshalb die Rechtsprechung auch Schutzaufträge für den Rezipientenschutz erfüllen kann. **Dann verliert aber der Schutz von Werbung nach Art. 5 GG im Ergebnis die Verwandtschaft mit dem sonstigen Meinungsfreiheitsrecht.** Der grundrechtliche Schutz der negativen Rezipientenfreiheit könnte zu einem abwägungserhebliches Interesse im Rahmen der einfachgesetzlichen Interessenabwägung bei § 1 UWG werden.

Die anschließende Frage ist, inwieweit Grundrechte – unter ihnen die negative Rezipientenfreiheit – überhaupt Berücksichtigung bei der Anwendung von § 1 UWG finden. Bei Schutzpflichten ist dies wegen der Normenhierarchie unproblematisch der Fall – hier trifft bereits die Verfassung die Entscheidung (objektive Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts). Darüber hinaus **kann** das Gericht grundrechtliche Wertungen in die Konkretisierung der Sitten einbeziehen, es **muß** sie aber nicht einbeziehen. Insoweit fehlt bereits aus dogmatischen Gründen der Annahme einer negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 1 i. Alt. GG **grundsätzlich** die objektive Entscheidungsdeterminanz für § 1 UWG. Bedeutung kann der **aus verfassungsrechtlicher Sicht fakultative** Rekurs auf eine negative Rezipientenfreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG im Rahmen der Interessenabwägung des § 1 UWG erlangen, wenn ein Gericht weitergehenden Rezipientenschutz als in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewähren will, dies mit dem **Einfluß** der Verfassung auf die Sitten begründet (subjektive Entscheidungsdeterminanz) **und** etwa den Unwertgehalt, der die Benutzung des wettbewerblichen topos „Nachahmungsgefahr“ voraussetzt, mit der negativen Rezipientenfreiheit begründet.

Ein Beispiel ist Fall III „Busengrapscher“, in dem ein Gericht wie folgt argumentieren könnte: Die guten Sitten ermitteln sich **auch** unter Bezugnahme auf die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen. Werbung als in Art. 5 Abs. 1 S. 1 i. Alt. GG<sup>803</sup> geschützte Meinung<sup>804</sup> verlangt grundsätzlich die gleichrangige Berücksichtigung der negativen Rezipientenfreiheit. Das Recht, Likör mit offensiv-sexistischen, meinungsbildenden Etiketten zu vertreiben ist **nach Auffassung des**

---

803 Der BGH verneint hier – entgegen seiner sonstigen Rechtsprechung – den Meinungscharakter der Werbung. Der Auseinandersetzungswert, den dieses Etikett ausgelöst hat, widerlegt ihn.

804 Diese Begründung widerspricht der hier vertretenen Thesen und weist insbesondere erhebliche Schwächen bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Wechselwirkung auf. Sie ist aber in ihrer Offenheit immer noch der Verfassungsargumentation des BGH – siehe unter e) – vorzuziehen. Der hier favorisierte Entscheidungsvorschlag wäre eine Berücksichtigung von Rezipienteninteressen als Verbraucherschutz und Allgemeinwohlbelang in § 1 UWG.

*Gerichts* gegen die Rezipientenfreiheit abzuwägen. Die Proteste von Frauenorganisationen zeigen, daß die Rezipientenfreiheit berührt ist. Eine Verletzung der Rezipientenfreiheit ist insbesondere deswegen nicht ausgeschlossen, weil nicht nur die Rezipienten im Supermarkt sondern auch die Rezipienten des Likörkonsums mit dem Etikett konfrontiert werden (sowohl in Gaststätten, am Arbeitsplatz oder im Bekanntenkreis). Es besteht auch die Gefahr, daß diese Werbemethode sich (bei Likör) weiter verbreitet, und die alkoholinspirierten Konsumenten Frauen etikettgemäß „anpöbeln“. In einer Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit des Likörherstellers, die nur unbedeutend beeinträchtigt wird, weil der Likör mit anderen Etiketten und Sprachinhalten vertrieben werden kann und angesichts der möglichen Beeinträchtigung der Rezipientenfreiheit kann *als Ergebnis einer Interessenabwägung* die Verbreitung des Likörs mit diesem Etikett als Verstoß gegen die guten Sitten (§ 1 UWG) untersagt werden.

Die Berufung auf die negative Rezipientenfreiheit in Verbindung mit der Nachahmungsgefahr<sup>805</sup> wäre wesentlich überzeugender gewesen als der vom BGH gegangene Weg: nämlich der Prävention einer durch die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) zwingend vorgegebenen Entscheidung („subjektive Entscheidungsdeterminanz“) (siehe unter e).

e) *Negative Rezipientenfreiheit als Schutz vor Außenwerbung (Fall II b) und sexistischer Werbung (Fall III) ?*

aa) *Qualifizierte Rezipientensituation*

Um eine besondere Lebenssituation zu konkretisieren, kann die Position des Rezipienten *werbemittel- und werbeträgerabhängig* bestimmt werden.

Bei Fall II b („Tote Herzen“) sind der Außenwerbung alle diejenigen ausgesetzt, deren Leben (Spaziergang, Besuche, Weg zur Arbeit ...) mit der örtlichen Koordinate der Plakatwand in Berührung kommen.

Bei Fall III („Busengrapscher“) verengt sich die Zahl der Rezipienten zunächst *unmittelbar* auf diejenigen, die zum Zweck des (Alkohol-)Einkaufs das Regal mit dem Likör, oder – wenn besondere Verkaufsförderungen vor Ort erfolgen – den Laden aufsuchen. Damit müssen die Rezipienten in Fall III eher mit Werbung überhaupt und auch eher mit Werbung, die sie inhaltlich befremdet, rechnen, als in Fall II b, in dem Werbung auch den Nichtkonsumenten erreichen will.

bb) *Vermeidungslast*

(1) *Belästigungsargument*: Die Vermeidungslast im Sinne des *Belästigungsarguments* ist in Fall III („Busengrapscher“) sehr gering – kleines Etikett und kleine Flasche – während sie in Fall II b („Tote Herzen“) auch wegen der Größe der Plakatwand größer eingeschätzt werden kann.

(2) *Negative Beeinflussung*: Die Vermeidungslast, um einer negativen Beeinflussung zu entgehen, kann bei beiden Fällen dagegen groß eingeschätzt werden. Sowohl die Darstellung der dem offensiven Mann gefügigen Frau als auch die Kommerzialisierung von Leichenteilen kann bereits *vor* dem Weg-

---

805 Mit dem hier skizzierten Entscheidungsvorschlag hätte das Gericht die eigene Wertung als solche erkennbar gemacht und nicht vorgegeben, Art. 1 Abs. 1 GG als zwingende, normative Vorgabe anzuwenden. Diese, das Ergebnis einer Anwendung der negativen Rezipientenfreiheit bei § 1 UWG vorwegnehmende Argumentation verlangt aber nach der Entwicklung differenzierter Kriterien. Diese sollen anhand von Fall III "Busengrapscher" und Fall II b "Tote Herzen" veranschaulicht werden

blicken emotional belästigen. Das Wegblicken reicht nicht aus, weil die emotionale Belastung bereits vorher eintritt. Hier könnte man durchaus von einer dem Soldatenverhältnis vergleichbaren Situation sprechen: Der Werbende wendet Mittel auf, die es dem Beworbenen unmöglich machen, sich in Ruhe gelassen zu fühlen. In dieser Fallgestaltung spricht viel dafür, daß bereits die negative Rezipientenfreiheit Außenwerbung entgegensteht und Art. 5 GG den Schutz vor einer durch bestimmte Werbungen gestalteten „Umwelt“ gebietet. Zumal auch – wie in der Soldatenwerbungsentscheidung – *andere Werbeträger und -mittel (Anzeigenwerbung in(nerhalb von) Zeitschriften) dem Werbenden weiter offenstehen.*

- (3) *Maß der Beeinträchtigung.* Welche Schwere die Vermeidungslast haben muß, um einem „Eingriff“ gleichgeachtet zu werden, hängt von den rechtlichen Voraussetzungen der „qualifizierten Rezipientensituation“ wie auch von der (Nicht-)Existenz anderer Grundrechtsträger, deren Rechte konkordiert werden müssen, ab. Dieses *fallbezogene Wertungselement* – das in der Eingriffsdogmatik bei anderen Grundrechten fremd ist – deutet sich auch in der BVerfG-Rechtsprechung zur Bekenntnisfreiheit bei Kreuzifixen in Gerichtssälen an:

„Das... Freiheitsrecht, von staatlichen Zwängen in weltanschaulich-religiösen Fragen unbehelligt zu bleiben, kann einen Minderheitenschutz selbst ... vor *verhältnismäßig geringfügigen Beeinträchtigungen* jedenfalls dort rechtfertigen, wo – wie im Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit – die Inanspruchnahme dieses Schutzes nicht mit Rechten einer Bevölkerungsmehrheit zur Ausübung ihrer Glaubensfreiheit kollidiert.“<sup>806</sup>

Bei der kommerziellen Werbung ist die Pflicht zur Konkordierung immer dann zu bejahen, wenn der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG eröffnet ist (– es sich also nicht um Werbung mit unzutreffenden Tatsachenbehauptungen handelt). Dann stehen sich die Rechte des Äußernden und des Rezipienten gegenüber. Ein wie in der Entscheidung zum Kreuzifix in Gerichtssälen angenommener Schutz vor „Eingriffen de minimis wegen *fehlender Kollisionslage*“ wird damit kaum praktisch. Allenfalls in staatlichen Sphären, in denen ein Recht des Staates, Werbung zu betreiben, fehlt, könnte dieses Kriterium zu einer Minderung der Anforderungen an die Eingriffs“schwere“ führen. In allen anderen Konstellationen ist eine Erheblichkeit der Belastung des Rezipienten zu fordern.

*cc) Grundrechtsverzicht durch Einwilligung des Beworbenen*

Im folgenden wird der Terminus „Einwilligung“<sup>807</sup> verwandt, weil sie Instrument eines Verzicht der Geltendmachung grundrechtlicher Abwehr- und Schutzrechte ist. Bei einer ausdrücklichen Einwilligung besteht kein rechtlicher Klärungsbedarf; Schwierigkeiten bereitet die Frage, wann der Werbende von einer konkludenten Einwilligung des Beworbenen ausgehen darf.

- (1) Besonders schutzbedürftig ist der Beworbene dort, wo er zum Objekt von Werbung in seinem Alltagsumfeld gemacht wird, ohne daß er selbst in die

806 BVerfGE 35, 366, 376.

807 Siehe zu Grundrechtsverzicht und Einwilligung bei der negativen Rezipientenfreiheit Th.Ch.Paefgen, Telefonwerbung im Brennspeigel der Justiz, Archiv 1992, 12, 23 ff.

Werbung ausdrücklich oder konkludent einwilligt. Eine konkludente Einwilligung liegt immer dann nahe, wenn der Beworbene *einen Primärnutzen mit der Werbung* verbindet. Fall VII ist ein Beispiel, wo dieser Primärnutzen fehlt: Plakatwände werden vermietet, weil sie Vermeidungslasten für die Beworbenen verursachen. Einen weitergehenden, auch nur optionalen Nutzen für den Beworbenen bieten Plakatwände nicht.

- (2) Andere Werbeträger sind dadurch gekennzeichnet, daß Werbung einen Primärnutzen für den Rezipienten bereitstellt. Anschauliches Beispiel ist die Finanzierung öffentlicher Toiletten durch Werbung<sup>808</sup>. Hier ist eher eine konkludente Einwilligung des Benutzers anzunehmen. Wenn sich Nichtbenutzer gegen diese Werbeflächen wenden, dann fehlt es an der Grundlage für die Annahme einer konkludenten Einwilligung. Das Konkordierungsergebnis von positiver Freiheit und negativer Rezipientenfreiheit kann aber durch das Angebot eines Primärnutzens beeinflusst werden.

Bei Fall III ist die Annahme einer konkludenten Einwilligung wegen des Eigeninteresses, einen Laden aufzusuchen, abzulehnen. Das Bewußtsein, daß dort Werbung anzutreffen ist, enthält nicht die Einwilligung in die konkrete, negativ beeinflussende Werbung des Likörherstellers.

## **6. Negative Rezipientenfreiheit bei Fremdwerbung in den Medien – der Bereich medialer Sprache**

### **a) Berührung des Rezipienteninteresses**

Werbung wird bei diesen Fallgestaltungen oft nicht „freiwillig“ gekauft oder rezipiert, sondern ertragen – ertragen weil bspw. Presse und Rundfunk um den Finanzierungsbeitrag des Werbenden billiger oder überhaupt erst verfügbar sind. So bei der Presse,<sup>809</sup> die weitgehend abhängig vom Tropf der Werbung ist und insbesondere beim privaten Rundfunk, der „nur“<sup>810</sup> die Werbeeinnahmen hat und ohne

---

808 Berliner Zeitung v.9.5.1996 S. 26.

809 Einen Überblick wie sich der Pressemarkt der Bundesrepublik "personell" (Verlagskonzerne) als auch sachlich – bspw. Tages-, Wochenpresse – zusammensetzt bieten Media Perspektiven Basisdaten, Daten zur Mediensituation in Deutschland, 1995, S.31-82.

810 Quelle: Media Perspektiven Basisdaten, Daten zur Mediensituation in Deutschland 1995: Das ARD hat 1994 ein Gebührenaufkommen von DM Mio. 7 130,4, (und DM Mio. 492 Werbung) während das ZDF DM Mio. 1 624,4 (und DM Mio.333,1 Werbung) hatte (S. 10, 11); demgegenüber hatten die privaten Fernsehanbieter Werbeeinnahmen (RTL: DM. Mio. 1 881,8; SAT 1: DM. Mio. 1 564,6; PRO Sieben: DM Mio. 1 221, 8) (S. 19). Auf den ersten Blick wirken deshalb die Einnahmen von ARD sehr hoch; dabei muß aber berücksichtigt werden, daß ARD Hörfunk und Fernsehprogramme anbietet *und* die Einnahmen auf 8 dritte Fernsehprogramme, 51 Hörfunkprogramme sowie ARTE und 3Sat verteilt werden (Quelle: H.Kresse, Öffentlich-rechtliche Werbefinanzierung und Grenzen der Grundversorgung im dualen Rundfunksystem, ZUM 1995, 67, 74; einen Überblick bietet R.Wiechers, Markt und Macht im Rundfunk, 1994, S. 23 ff. ). Signifikant an diesen Zahlen ist auch, daß das ARD trotz dieser immensen Reichweite und Differenzierung für die Werbewirtschaft viel weniger attraktiv ist als Privatsender. Dies hängt *auch* mit der Einschätzung der Werbefreundlichkeit des Publikums der ARD durch die Werbewirtschaft zusammen und der zeitlichen Beschränkung der Werbung in ARD und ZDF.

Werbung nicht angeboten werden könnte. Dieser Betrachtung könnte man entgegensetzen, daß trotz der „Reitereigenschaft“ der Werbung nicht das Rezipienteninteresse, sondern das *Äquivalenzinteresse* berührt ist; es sich also nicht um einen Schutz vor Werbung handelt, sondern dem Wunsch nach einem anderen Produkt. Der Rezipient will das „Programm“ zu einem geringeren Preis oder umsonst; und zwar das Programm „pur“. Man könnten diesem Rezipienten-Äquivalenzinteresse entgegen halten, daß der Rezipient sich auf dem Markt von *Medien ohne Werbung* befriedigen könne. Die Schwäche dieses theoretisch zutreffenden Arguments ist allerdings, daß ein solcher Markt entweder nicht existiert oder wenn Angebote existieren, sie nicht vergleichbar sind, damit keine Substitutionsalternative bieten oder für den einzelnen nicht bezahlbar sind<sup>811</sup> (vergleiche „Pay-TV“ auf der einen und ARD und ZDF auf der anderen Seite).

Der Schutz eines parallelen Rezipienteninteresses in Art. 5 GG scheint aber in diesen Fallgestaltungen – *bereits diessseits der Frage der konkludenten Einwilligung* – nicht gerechtfertigt, weil der einzelne kein verfassungsmäßiges Recht hinsichtlich der Art und des Anteils von Werbung am „Programm“ hat, das parallel dem Recht auf Meinung und Programm (Art. 5 Abs. 1 GG) zuzuordnen ist.<sup>812</sup> Bestätigt wird diese Auffassung auch durch eine auf das bürgerliche Recht gestützte Rechtsprechung, die eine Berücksichtigung von Rezipienteninteressen hinsichtlich des Unterlassens von Beilagenwerbung ablehnt:

*b) Rezipienteninteressen bei medialer Sprache mit Fremdwerbung*

Im Mittelpunkt der von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle steht die Beilagenwerbung in Presseerzeugnissen. Die Beworbenen haben sowohl gegenüber den Presseunternehmen als auch gegenüber den Werbenden versucht, diese Form der Werbung zu unterbinden.

*aa) Vertragliche Ansprüche gegen das Presseunternehmen (§ 433 i.V.m. § 242 BGB)*

Der Beworbene hatte eine Tageszeitung abonniert und von dem Presseunternehmen verlangt, daß es als vertragliche Nebenpflicht die Zeitung „ohne werbende Einlagen anderer Firmen, Verbände, Institutionen oder Privatpersonen, die nicht zum Druckwerk selbst gehören“

---

811 R. Wiechers, Markt und Macht im Rundfunk, 1994, S. 152 sieht sowohl Pay-TV als auch kostenloses, werbefinanziertes TV als suboptimal an, weil das Pay TV eine bessere Berücksichtigung von Minderheitsinteressen ermögliche, aber von wenigen aufgrund der Kosten empfangen werde, während das werbefinanzierte Fernsehen eine kleinere Programmauswahl biete, die dafür keinen ausschlosse.

812 "Bekräftigt" wird diese Sichtweise auch unter dem Blickwinkel der "Ausweichmöglichkeit". So ist bei Presseartikeln, die den Rezipienten nicht interessieren, das Überlesen am einfachsten während bei Fernsehprogrammen, die werblich unterbrochen werden, das Zapping einige Geschicklichkeit verlangt, um nicht zu spät oder zu früh zurückzuschalten. Das Ausmaß der Handlungslast kann aber kein Argument für die Frage des "Obs" einer parallelen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG sein..

auslieferung<sup>813</sup>. Das Presseunternehmen kündigte das Abonnement; nach Ansicht des OLG Karlsruhe zurecht, weil ein Presseunternehmen frei darüber entscheide, wieviel Werbung es seiner Tageszeitung beifüge. Ein Anspruch des Beworbenen auf eine *bestimmte* Tageszeitung scheidet aus.

*bb) Deliktische Ansprüche (§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB)*

Der Beworbene hatte einen Sperrvermerk am Briefkasten angebracht (Keine Werbung“). Es könnte sich bei der Beilagenwerbung um eine *Umgehung* dieses Sperrvermerks handeln. Insoweit stellte das LG Bonn<sup>814</sup> auf die Sozialadäquanz von Beilagenwerbung ab. Selbst wenn man – in Analogie zur Briefwerbung (Zeitungen werden in aller Regel in Briefkästen miteingeworfen) – einen Eingriff in die Eigentumssphäre bejahen würde, nimmt das Gericht eine Einwilligung aufgrund des Abonnementvertrages an. Dieser Entscheidung ist im Ergebnis beizupflichten; nicht aber in der Begründung. Allein durch die Sozialadäquanz von Beilagenwerbung, die es nahezu unmöglich macht, Tageszeitungen ohne Beilagenwerbung zu beziehen,<sup>815</sup> kann ein grundrechtlich fundierter Interessenkonflikt nicht gelöst werden. Dem Interesse des Abonnenten, dem Gang zum Papierkorb mit weiteren Entsorgungsobliegenheiten vorzubeugen, steht das Finanzierungs- und Gewinninteresse des Presseunternehmens gegenüber. Hier wird man angesichts fehlender und im übrigen auch unzulässiger, staatlicher Subventionierung der Presse<sup>816</sup> davon ausgehen, daß die institutionelle Garantie der Presse auch eine Finanzierungsgarantie umfaßt. Die Presse darf frei entscheiden, wieviel Werbung sie ihren Abonnenten zumutet.

*c) Differenzierungen der negativen Rezipientenfreiheit bei Fremdwerbung in Medien?*

*aa) Positive Rezipientenfreiheit*

Diese grundsätzliche Ablehnung einer negativen Rezipientenfreiheit als „Recht auf werbefreies oder werbebeschränktes Programm“ kennt aber vielleicht eine Ausnahme: nämlich den Rundfunk, soweit hier Gebühren verlangt werden. So wäre die Erstreckung von Werbung auf das gesamte Programm der Grundversorgung<sup>817</sup> nach hier vertretener Ansicht ein Verstoß gegen die (positive) Rezipien-

---

813 OLG Karlsruhe Urt. v. 12.7.1991 NJW 1991, 2913 f.

814 LG Bonn Urt. v. 9.1.1992 mit Bespr. v. St.Pauly AfP 1992, 88 f.

815 Ausnahme ist wohl die Tageszeitung (TAZ) in Berlin.

816 BVerfGE 80, 124, 133 f läßt eine Subventionierung nur insoweit zu, als "jede Einflußnahme auf Inhalt und Gestaltung einzelner Presseerzeugnisse sowie Verzerrungen des publizistischen Wettbewerbs insgesamt vermieden werden". Zur staatlichen Neutralität und Unabhängigkeit der Presse B.Klein, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten, S. 266 ff.

817 Hierbei handelt es sich um eine rundfunkspezifische Ausformung des Forsthoffschen Begriffs der Daseinsvorsorge (BVerfGE 74, 297, 326 "wirksame Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt in der Darstellung der bestehenden Meinungsrichtungen..."), dessen Umfang Gegenstand von Kontroversen ist und der vor allem durch diejenigen Fernsehanbieter, die nicht zur Abdeckung der Grundversorgung verpflichtet sind, Konturen gewinnt. Siehe hierzu auch H.Kresse, Öffentlich-rechtliche Werbefinanzierung und Grenzen der Grund-

tenfreiheit. Es handelt sich um ein keinesfalls unrealistisches Szenario; fordert doch sogar ein relativ häufig zitierter Aufsatz die Aufgabe der bisher existierenden Werbebeschränkungen (Blockwerbungsverbot und Werbeverbot nach 20 Uhr) für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk unter Berufung auf deren EMRK-Widrigkeit.<sup>818</sup> Der Garantiepflcht des Staates für die Grundversorgung muß auch ein Rezipientenrecht auf Grundversorgung in Art. 5 Abs. 1 S.2 GG<sup>819</sup> korrespondieren; eine Grundversorgung, die man wie bei den privaten Rundfunkveranstaltern nur noch „häppchenweise“ und um Werbeeinschaltungen verlängert erhält, ist keine Grundversorgung.<sup>820</sup> Wenn man eine der Grundversorgungspflicht des Staates korrespondierendes (positives) Rezipientenrecht auf „Grundversorgung“ ablehnt, wie es die überwiegende Meinung in Literatur und die Rechtsprechung tut, dann bleibt die Frage der negativen Rezipientenfreiheit.

#### *bb) Mediale Differenzierung*

So könnte Werbung als finanzielles essentielle, aber programmatisches accidentale medial unterschiedlich behandelt werden. Ausgangspunkt ist das Szenario einer aus der Werbung als Haupteinnahmequelle hervorgehenden Medienlandschaft, die auch das öffentlich-rechtliche Fernsehen ergreift. Bei der Presse, die gegenständlich ist, unmittelbare Vergleich ermöglicht, weniger Finanz – und Frequenzbarrieren für Newcomer aufweist als der Rundfunk, kann der Nachfrager eher eine angebotsbeeinflussende Funktion übernehmen.<sup>821</sup>

#### *cc) Negative Rezipientenfreiheit und öffentlich-rechtlicher Rundfunk*

Eine Verpflichtung zur Beschränkung von Werbung könnte man objektiv-rechtlich Rechnung tragen und auf den unterschiedlichen Programmauftrag privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunks rekurrieren.<sup>822</sup> Man könnte ihn aber subjektiv-rechtlich verwerten, indem wegen des Wegfalls der Frequenzknappheit und des besonderen Finanzierungsbedarfs (weil Werbung nunmehr in viel weiterem Umfang zulässig ist“) besondere Schutzvorkehrungen vor Werbung insbe-

---

versorgung im dualen Rundfunksystem, Rechtsgutachten erstattet im Auftrag des Verbandes Privater Rundfunk- und Telekommunikation (VPRT) ZUM 1995, 67, 75 f.

818 Ch.E.Hauschka, Auswirkungen der Auslegung von Art. 10 EMRK auf Wettbewerbsrecht, Medienrecht und das Recht der freien Berufe, ZUM 1987, 559, 563 f zu Blockwerbung und Werbeverbot nach 20 Uhr. Die nunmehrige Existenz von privaten Rundfunkveranstaltern berührt die Argumentation in ihrem Kern nicht.

819 Art.5 Abs.2 GG "Rundfunk" umfaßt auch "Fernsehen."

820 Anderer Meinung anscheinend U.Fink, Wem dient die Rundfunkfreiheit? DÖV 1992, 805, 812, der jeden Einfluß des Rezipienten auf den Regelungsbereich der Rundfunkfreiheit ausschließen will.

821 F.Kübler, Argumente für ein Werbemarktanteilsmodell, MP 1995, 48, 50 "Das erlaubt es dem Leser durch den Erwerbsakt eine bewußte Auswahl zu treffen, die den Verleger dazu anhält, sein Angebot primär an den Interessen der Leser und nicht denen der Inserenten auszurichten" ..

822 Die BVerfG-Entscheidung vernachlässigt nach Th.Oppermann, Rundfunkgebühr – Rundfunkordnung- Rundfunkideologie JZ 1994, 499, 501 f die tatsächlich festzustellende Kommerzialisierung des öffentlich-rechtlichen Programmangebots; deshalb sei eine Rückkehr zum nicht werbefinanzierten, öffentlich-rechtlichem Fernsehen zu fordern.

sondere im „öffentlich-rechtlichen“ Rundfunk verlangt werden.<sup>823</sup> Beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk besteht keine Nachfragemacht des „negativen“ Rezipienten – gebührenpflichtig ist jeder, der ein Fernsehgerät hat<sup>824</sup> und die Höhe der „Gegen“-Leistung ist ebenfalls seiner Dispositionsmacht entzogen. Wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch von Werbung durchdrungen<sup>825</sup> und zerstückelt würde, würde die Informationsfreiheit des einzelnen, die als Voraussetzung eines demokratischen Staatswesens<sup>826</sup> geschützt ist, behindert. Bei der Grundversorgung durch den Rundfunk handelt es sich um eine „allgemein zugängliche“ Informationsquelle (Art. 5 Abs. 1 S.1 2. Alt. GG). Der Zugang zu dieser Informationsquelle würde durch die Ausdehnung von Werbezeiten verzögert und damit in die Informationsfreiheit eingegriffen.<sup>827</sup> Eine alternative Quelle der (werbebeschränkten) Information können andere Medien ob der Aktualität<sup>828</sup> und der visuellen Bilder<sup>829</sup> nicht bieten. Auch ein Ausweichen auf die privaten Anbieter ist nicht ohne weiteres möglich, weil diese zum einen ein *anderes Programm* bieten und dort den Rezipienten wiederum Unterbrechungswerbung erwartet. So besteht die Leistung des kommerziellen, allein werbefinanzierten Rundfunks – bis zum Beweis des Gegenteils<sup>830</sup> – ausschließlich in der Schaffung eines für die Rezeption der Werbung günstigen Umfelds.<sup>831</sup> Auch nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ist die Konsequenz ein anderes Programmangebot<sup>832</sup> der ausschließlich werbefinanzierten Anbieter. Selbst wenn man bezweifelt, ob die öffentlich-rechtlichen Anstalten diese Verpflichtung auch tatsächlich erfüllen, würde die Zulassung von noch mehr Werbung sie immer weiter von der Erfüllung dieses Auftrags trennen.

Nach der oben entworfenen Struktur sind drei Voraussetzungen zu fordern:

---

823 F.Kübler, Argumente für ein Werbemarkanteilsmodell, MP 1995, 48, 50, 55 f. Nach einem Werbemarkanteilsmodell ist tragende Säule eines Rundfunkkartellrechts der Erlös der Werbeeinnahmen – ergänzt durch gesellschafts/ kartellrechtliche Zurechnungsmodi wie auch Zuschauerzahlungen. Der Erlös an Werbung soll damit ein wichtiger Gradmesser dafür werden, inwieweit das Teilhaberecht "Rundfunkveranstaltung" einzelnen Unternehmen oder Grundrechtsberechtigten versagt werden kann.

824 Unabhängig davon, ob die öffentlich-rechtlichen Programme in Anspruch genommen werden (Beitragsaspekt).

825 Siehe die Gewinnauslobungen von Kinotickets im Vorabendprogramm der ARD (Brisant).

826 BVerfGE 27, 69, 81.

827 Die Wertungen von BVerfG 27, 88, 98 f, die im Bereich des Abwehrrechts Informationsfreiheit auch bei einer Verzögerung des Informationszugriffs eine Verletzung annehmen, können herangezogen werden.

828 Etwa Nachrichtensendungen, die neueste Entwicklungen berichten können, während die Presse an ihre Publikationstermine gebunden ist.

829 Die Hörfunk nicht bieten kann.

830 Spartensender wie N-TV müssen insoweit als Ausnahme gelten.

831 F.Kübler, Argumente für ein Werbemarkanteilsmodell, MP 1995, 48, 50.

832 BVerfG Urt.v.22.2.1994 JZ 1994, 518 f: Nur solange der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine kulturelle Verantwortung wahrnehmen kann, ist das "duale System in seiner gegenwärtigen Form, in der die werbefinanzierten privaten Programme weniger strengen Anforderungen unterliegen .. als mit Art. 5 GG vereinbar." (siehe auch BVerfG 83, 238, 297).

- (1) Qualifizierte Rezipientensituation: Es besteht kein rechtlicher Zwang fernzusehen; faktisch sind aber Menschen auf das Informationsangebot öffentlich-rechtlicher Rundfunk angewiesen und müssen dafür auch bezahlen. Eine besondere Lebenssituation vergleichbar dem Ausgesetztsein eines Kreuzes in der Schule wie auch des Zwangs unter dem Kreuz verhandeln zu müssen, könnte vor allem unter Rekurs auf die Informationsfreiheit begründet werden.
- (2) Vermeidungslast: Die Vermeidungslast (Belästigungsaspekt) wird allgemein<sup>833</sup> als gering angesehen, weil das Weiterschalten auf Programme ohne Werbung möglich sei. Dabei wird aber der Charakter des öffentlichen Fernsehens als „Grundversorgung“ unterschätzt – hier ist das Abpassen von Werbepausen unter dem Risiko des Programmverlusts schon einschneidend.
- (3) Einwilligung: Angesichts der vom Willen des einzelnen Rezipienten bewußt unabhängig gestalteten Programmauftrags – das öffentlich-rechtlichen Fernsehen ist eben auch verpflichtet, Themen anzusprechen, die nicht mehrheitsfähig sind – stellt sich hier das Problem der Einwilligung in einen höheren Werbeanteil nicht.
- (4) Konkordierung von Rundfunkveranstaltungsfreiheit mit negativer Rezipientenfreiheit

Ergebnis der Konkordierung der Rundfunkveranstaltungsfreiheit öffentlich-rechtlicher Anbieter mit negativen Rezipienteninteressen könnte die Verneinung der Forderung der Anbieter nach mehr Werbezeit und Aufgabe der Blockwerbung sein.<sup>834</sup> Nur in Extremfällen – bei einer Werbung rund um die Uhr – wird allerdings die (negative) Rezipientenfreiheit zu einer Untersagung von Werbung führen, weil der Prozeß der Konkordierung viele Prärogativen darüber zuläßt, *wieviel* Werbung ein Programm verträgt, das aufgrund der Mischfinanzierung mit Werbung „attraktiver“ gestaltet werden kann. Dabei könnte auch berücksichtigt werden, inwieweit die Codierung von Rundfunkwerbung eine Ausblendung von Werbung beim Empfang technisch ermöglicht.<sup>835</sup> Angesichts eines weiten *Gestaltungsraumes des Gesetzgebers* besteht aber wohl *kein Anspruch* auf den Erlaß von Codierungsgesetzen – weder wäre eine solche Kennzeichnungspflicht mit Vermeidungsmöglichkeit in Anbetracht der Rezipienteninteressen verfassungswidrig; aber eben auch nicht ihr Unterlassen.

---

833 Th.Ch.Paefgen, Telefonwerbung, Archiv für Telekommunikation 1992, 12, 22.

834 Zu den Forderung von ARD und ZDF nach mehr Werbezeit Ch.M.Ridder, Fernsehen und Werbemarkt in Deutschland, MP 1991, 489. Dagegen auch H.Kresse, Öffentlich-rechtliche Werbefinanzierung und Grenzen der Grundversorgung im dualen Rundfunksystem, Rechtsgutachten erstattet im Auftrag des Verbandes Privater Rundfunk- und Telekommunikation (VPRT) ZUM 1995, 67, 70.

835 So bereits W.Hoffmann-Riem, in: Alternativkommentar, Art. 5 Rn. 95.

Es fehlt deshalb – abgesehen von der Aufgabe des Blockwerbungsgebots wie auch der Anordnung der Zulässigkeit der Ganztageswerbung – an der Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts.

#### *d. Zusammenfassung*

Nach hier vertretener Ansicht verlangt eine Integration der kommerziellen Sprache in Art. 5 GG eine andere Bewertung der negativen Rezipientenfreiheit als bei ideeller Sprache.<sup>836</sup> Die Konkretisierung und praktische Anwendung dieses Rezipientenrechts wird sich schwierig gestalten und es ist vorhersehbar, daß es angesichts der Spezialität des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der großen Gestaltung- wie auch Auslegungsmacht von Legislative und Judikative nur in wenigen Fällen objektiv entscheidungsdeterminativ sein wird. Für den Bereich der Außenwerbung und den Bereich der Grundversorgung im Rundfunkrecht könnte eine so verstandene negative Rezipientenfreiheit einen über das allgemeine Persönlichkeitsrecht hinausgehenden Schutz bewirken. Wenn der Staat diesen Schutz von Rezipienteninteressen wahrnimmt, gerät er auch *nicht* wie bei ideeller und politischer Sprache in die Gefahr „Richter in eigener Sache“ zu werden<sup>837</sup>. *Vorrangig* muß aber wegen seiner Spezialität immer die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geprüft werden. Nur wenn eine solche *nicht festgestellt* werden kann, bedarf es der Prüfung einer in Art. 5 GG bei kommerzieller Sprache zu prüfenden, negativen Rezipientenfreiheit.

Diese ist nur dann verletzt, wenn der Rezipient sich in einer „qualifizierten Rezipientensituation“ befindet und das Ausweichen vor unerwünschter Werbung unzumutbar erschwert wird. In Betracht kommen:

- (1) Werbung, die wegen des Kontexts mit staatlicher Autorität eine (emotionale) Belastung darstellt. Die staatliche Autorität, deren Entscheidungen der Bürger braucht, sind Grund für die Außenwirkung dort befindlicher Werbeträger und Mittel. Und dieser Kontext könnte dem Bürger – wie auch bei der Aufhängung von Symbolen in Gerichtssälen – emotional unzumutbar sein.
- (2) Werbung, die bei (faktischer) Angewiesenheit des Rezipienten auf eine Leistung zur entscheidenden Veränderung des Leistungsangebots führt. Beispiel ist die Werbung bei Grundversorgung im Fernsehen wie auch das Abspielen von Rundfunk-Werbespots in Bussen.<sup>838</sup>

---

836 Anderer Ansicht R.Zuck, My house is my castle, MDR 1991, 937, der einen verfassungsrechtlichen Schutz gegen die "Petitessen" der Werbung auch dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht zu entnehmen vermag.

837 Ausnahme: Politische Aussagen in der kommerziellen Produktwerbung: hierzu F.Fischer, GRUR 1995, 641.

838 O.Kimminich, Die Freiheit nicht zu hören, Der Staat 1964, 61, 83 unter Hinweis auf den US-amerikanischen Fall F.S.Pollak v. Public Utilities Commission of the District of Columbia 343 US 451, wo ein "right to be let alone" das Recht zu Rundfunkübertragungen

- (3) Werbung die wegen der emotionalen Belastung, die *vor* dem Wegblicken erfolgt und bei der der Beworbene keine Mitwirkung hatte, unzumutbar scheint (Außenwerbung).

An die Feststellung der Verletzung der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG schließt sich dann die Frage der Konkretisierung des Abwehrrechts gegen die Aufbürdung der Vermeidungslast und dann die Konkordierung im Einzelfall an. Im Fall III *könnte* ein Gericht im Rahmen von § 1 UWG den Beworbenen der Vermeidungslast unter Berufung auf die negative Rezipientenfreiheit (Art. 5 GG) entheben; nach hier vertretener Ansicht besteht aber kein subjektiv-rechtlicher Anspruch – auch keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 BGB; Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) – auf Untersagung dieser „Marken“ und Etiketten. Es fehlt damit insoweit an der objektiven Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts. Fall VII könnte nach hier vertretener Ansicht ein Fall sein, in dem auch eine objektive, verfassungsrechtlichen Entscheidungsdeterminanz zu bejahen ist.

Ein Werbemittel, das als Verstoß gegen die Menschenwürde ohne weitere Konkordierung mit Rechten von Werbenden oder (positiven) Rezipienten unzulässig ist, ist die subliminale Werbung (siehe unter).

### **7. Negative Rezipientenfreiheit durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art.2 Abs.1 i.V.m. Art.1 Abs.1 GG) bei kommerzieller Sprache**

Die Dimensionen des *verfassungsrechtlichen Schutzes vor* Werbung durch das allgemein Persönlichkeitsrecht werden anhand von *werbeträgerorientierten* Fallgruppen deutlich. Bevor auf diese Fallgruppen eingegangen werden kann, ist ein Überblick über die dogmatische Fundierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts notwendig.

#### **a) Persönlichkeitsrecht in der Verfassung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)**

Der Wortlaut von Art.2 Abs.1 GG

„Jeder hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit“

legt nahe, daß das Persönlichkeitsrecht *nur* in Art.2 Abs.1 GG verankert sei und es einer zusätzlichen Verankerung in Art. 1 Abs. 1 GG nicht bedarf. Das BVerfG hat indes nicht zuerst das Persönlichkeitsrecht, sondern das Grundrecht der all-

---

(mit Reklame) in Autobussen nicht überwand (S. 62 ff). Der Fall beinhaltete die Übertragung von Rundfunk inklusive Werbespots, so daß hier die Problematik der Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts wie bei der Durchdringung der Grundversorgung beim Fernsehen mit Werbung stellt. O.Kimminich (S. 71) lehnt aber ein Recht nicht zu hören in Art. 5 GG kategorisch ab, weil allein Freiheit und Gleichheit Art. 5 GG bestimmen. Dagegen ist einzuwenden, daß Gleichheit bei der Meinung von privaten über Privates durchaus eine Einbeziehung der Rezipienten auch unter dem Gleichheitsaspekt zu rechtfertigen vermag.

gemeinen Handlungsfreiheit dieser Bestimmung entnommen<sup>839</sup>. Einem Teilbereich dieser allgemeinen Handlungsfreiheit soll dann in systematischer Verbindung mit Art.1 Abs.1 GG **besonderer Schutz** zukommen, nämlich dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>840</sup> – einem Recht, das insbesondere dem Passiven zusteht und damit eine Handlung des Grundrechtsträgers *nicht* voraussetzt. Die bipolare Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 2 Abs. 1 **und** Art. 1 Abs. 1 GG soll zu einer Verstärkung des Schutzanspruchs im Verhältnis zu anderen, in Art.2 Abs.1 GG geschützten Verhaltensweisen führen. Umgekehrt ist die bipolare Verankerung auch Grund dafür, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Gesetz eingeschränkt werden kann – anders als die **unantastbare** Menschenwürde (Art.1 Abs.1 GG).

#### b) Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts

##### aa) Verfassungsrechtliches Persönlichkeitsrecht als Minimalstandard?

Das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht ist vom privatrechtlichen Persönlichkeitsrecht abzugrenzen, das die zivilrechtliche Rechtsprechung durch Rechtsfortbildung (hier: „Gesetzesfortbildung“) im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB entwickelt hat<sup>841</sup>. Die Annahme einer Identität würde – wie beim Verhältnis von verfassungs- und privatrechtlichen Eigentum<sup>842</sup> – einen Zirkelschluß einleiten, der in der „Gesetzmäßigkeit der Verfassung“ mündet<sup>843</sup>. Die **Grundlagen** der Ausbildung dieses allgemeinen Persönlichkeitsrechts bilden zwar Art.1 Abs.1 i.V.m. Art.2 Abs.1 GG, die **Rechtsnatur** des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist aber einfachgesetzlich.<sup>844</sup>

Das einfachgesetzliche Persönlichkeitsrecht soll **grundsätzlich** weiterreichenden Schutz gewährleisten **können** als das verfassungsrechtliche.<sup>845</sup> Zwar ist die Rechtsprechung nicht von vornherein gehindert, § 823 Abs. 1 BGB weitgehendere Persönlichkeitsrechte zu entnehmen, als sie als „Minimalprogramm“ in der Verfassung selbst gefordert sind. Dieser weitergehende Schutz, den die Rechtsprechung via Generalklausel kreiert, darf aber nicht in Widerspruch zu anderen verfassungsrechtlichen Wertungen, etwa der Meinungsfreiheit, stehen. **Je „stärker“ also die verfassungsrechtliche Position des Werbenden, desto weniger Raum bleibt für ein verfassungsextesives, einfachgesetzliches Persönlichkeitsrecht, das die Konkordierung bestehen soll.**

Das ist ein Unterschied, den auf Schutzbereichsebene der Schutz von Werbung nach Art. 12 GG oder nach Art. 5 GG widerspiegelt.

Bei der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit nach Art. 12 GG, die wegen Allgemeinwohlbelangen im Rahmen der Drei-Stufen-Betrachtung des BVerfG eingeschränkt werden kann, wird die einfachgesetzliche Extensivierung von Rezipien-

839 H.D.Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S. 857.

840 BVerfGE 72, 155 (170)

841 BGHZ 13, 334 ff "Leserbrief".

842 Entfernt vergleichbar auch insoweit, als Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG einen Ausgestaltungsvorbehalt für den Gesetzgeber kennt, während beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht die Rechtsprechung im Rahmen von Generalklauseln oder auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen tätig wird.

843 Dies steht aber *im Einzelfall* einem identischen Schutz der Persönlichkeit nach verfassungs- und einfachgesetzliche Persönlichkeitsrecht *im Ergebnis* nicht entgegen.

844 BVerfGE 34, 269 (281f).

845 P.Schwerdtner, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JuS 1978, 289, 291

tenbelangen eher möglich sein als etwa bei der Freiheit werblicher Kunst, die nur mit anderen Grundrechten konkordiert werden darf, und deshalb für ein, den verfassungsrechtlichen Mindeststandard übersteigendes, privates Persönlichkeitsrecht, *keine* Optionen eröffnet.

bb) Sanktionsdivergenz von einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechten

*Prozessual* ist das einfachgesetzliche allgemeine Persönlichkeitsrechts des Zivilrechts *etwa bei Verletzungen durch die Presse* mit Unterlassungs-, Schadensersatz und Widerrufsansprüchen bewehrt.<sup>846</sup> Daneben schützen auch öffentlich-rechtliche Gesetze, etwa die Pressegesetze, ein oft einfachgesetzlich nicht ausdrücklich genanntes, aus dem Verfassungsrecht abgeleitetes,<sup>847</sup> allgemeines Persönlichkeitsrecht (etwa durch Gegendarstellungsansprüche).<sup>848</sup> Für ihre Geltendmachung ist der Zivilrechtsweg eröffnet (§ 10 Abs. 4 BlnPresseG).

Wo solche speziellen, öffentlich-rechtlichen Ansprüche wie auch Rechtswegzuweisungen fehlen – wie teilweise im Rundfunkrecht – *und* die öffentliche Hand beteiligt ist, ist zwischen den Gerichtbarkeiten umstritten, ob das zivilrechtliche oder verfassungsrechtliche (öffentlich-rechtliche) Persönlichkeitsrecht betroffen ist: Hier wiederholt sich auch die Erfahrung mit der unterschiedlichen Argumentationsweise von öffentlichem und privaten Recht: Die *ursprungsorientierte* Betrachtung des öffentlichen Rechts fordert bei der behaupteten Verletzung des Persönlichkeitsrechts *durch „öffentlich-rechtliches Handeln“*<sup>849</sup> die Rechtswegzuständigkeit wie auch die alleinige Prüfung anhand des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts. Die *wirkungsorientierte* Betrachtungsweise des Privatrechts verlangt auch bei öffentlich-rechtlichen Handeln<sup>850</sup> wegen der Wirkungen – Verletzung von § 823 Abs. 1 BGB – den Rechtsweg und Maßstab zu bestimmen.<sup>851</sup> Eine grundsätzliche Lösung dieser Fragen kann nur im Kontext mit den jeweiligen Rechtsgebieten und deshalb nur werbeträgerspezifisch erfolgen; *ihre Existenz bestätigt aber die Notwendigkeit einer dogmatischen Trennung von einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichem Persönlichkeitsrecht.*

---

846 Siehe M.Löffler/R.Ricker, Handbuch des Presserechts, 1986, § 44 Rn. 1 ff; 16 ff und 35 ff.

847 Vgl. § 1 Abs. 2 Berliner Pressegesetz: "Die Freiheit der Presse unterliegt nur den Beschränkungen, die durch das *Grundgesetz unmittelbar* und in diesem Rahmen durch die geltenden Gesetze zugelassen sind"

848 Etwa § 10 Berliner Pressegesetz bei Tatsachenbehauptungen auf Verlangen einer "betroffenen Person."

849 Bzw. Handeln zur Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe durch eine öffentlich-rechtliche "juristische Person".

850 Bzw. Handeln der öffentlichen Hand – wie beim ZDF als Anstalt des öffentlichen Rechts.

851 Vergleiche zu Leistungs- und Unterlassungsklagen wegen persönlichkeitsverletzender Rundfunkstätigkeit zum einen VGH München Beschl.v.2.3.1994 DVBl 1994, 642 f, das vom BVerwG inzwischen aufgehoben wurde und zum anderen BGHZ 66, 182, 185 f "Die Grenze der für den Bürger hinzunehmenden Rundfunk- oder Fernsehkritik wird vom Privatrecht gezogen und sanktioniert; es bestimmt über Vorliegen und Folgen von Eingriffen ... in seine Persönlichkeitsrechte ...".

cc) Keine unmittelbare Drittwirkung

Ein weiterer dogmatischer Grund für die Differenzierung von allgemeinem Persönlichkeitsrecht auf einfachgesetzlicher und verfassungsrechtlicher Ebene liegt in der Verneinung der unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten.<sup>852</sup>

So soll das privatrechtliche Persönlichkeitsrecht nach einer Meinung nur vor privatem Handeln und das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht vor allem Schutz vor staatlichen Eingriffen gewährleisten.<sup>853</sup>

dd) Entscheidungsdeterminanz erfordert die Prüfung der Unterschiede

Ein weiterer Unterschied soll sein, daß das privatrechtliche Persönlichkeitsrecht dem Zugriff des Gesetzgebers „in vollem Umfang“ ausgesetzt ist, das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht dagegen nicht. In der Praxis hat dieser dogmatische Unterschied wenig Bedeutung, weil der Gesetzgeber das einfachgesetzliche, durch die Rechtsprechung konkretisierte Persönlichkeitsrecht im Rahmen vom 823 Abs. 1 BGB nicht weiter begrenzt. Darüber hinaus erweitert er – wie in § 17 Fernunterrichtsschutzgesetz – durch Gesetze jüngeren Datums eher den Rezipientenschutz.

Im Einzelfall ist es allerdings schwierig, eine Rechtsprechungsanalyse der (Zivil-)Gerichte durchzuführen und hier jeweils zu trennen, ob das verfassungsrechtliche Minimalprogramm für die Entscheidung zwingend war (*objektiv entscheidungsdeterminant*), oder ein *über* die verfassungsrechtlichen Mindestvoraussetzungen hinausgehendes Persönlichkeitsrecht streitentscheidend (*subjektiv entscheidungsdeterminant*) wie auch als Begründung überzeugend ist. Die Unterscheidung ist vor allem in Hinblick auf die Fälle notwendig, in denen die verfassungsrechtliche Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von der Rechtsprechung als *entscheidungsdeterminant* behandelt wird (subjektiv entscheidungsdeterminant) und deshalb geprüft werden muß, ob das Gericht hier nicht fehlerhaft von einer verfassungsrechtlichen Verengung der Optionen bei der Konkretisierung einer Generalklausel ausgegangen ist.

Beispiele in der jüngeren Rechtsprechung sind Fall III („Busengrapscher“) wie auch die BGH- Entscheidung zu dem Film „Feuer, Eis und Dynamit“, in der das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Einschränkung der Kunstfreiheit rechtfertigte – eine Rechtfertigung, die auf einfachgesetzlicher Ebene nicht ausreichend gewesen wäre. Aus diesen Gründen wird im weiteren grundsätzlich von einem normativ differenzierten, „allgemeinen“ Persönlichkeitsrecht des Rezipienten *ausgegangen*.<sup>854</sup> Dies schließt aber nicht aus, daß *im Ergebnis* in einigen Entscheidun-

852 H.D.Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S. 857 f.

853 H.D.Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S. 857 f.

854 Zumal die Differenzierung bei den Schranken, die H.D.Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S.858, 861f, vornimmt, in der Rechtswirklichkeit nicht überzeugen. Die Schranken des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind entweder Art.2 Abs.2 S.3 oder Art.2 Abs.1 S.1 GG zu entnehmen sind – unter Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Beim privatrechtlichen Persönlichkeitsrecht nur auf die Begrenzung durch kollidierendes Verfassungsrecht abstellen zu wollen, überzeugt nicht (862). Auch der im Rahmen von Generalklauseln ("sonstiges Recht", § 823 Abs.1 BGB) verpflichtete Richter muß auf die Möglichkeit von verhältnismäßigen Einschränkungen des Persönlichkeitsrechts Rücksicht nehmen; umgekehrt muß auch das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht in Grundrechtskollisionslagen gegenüber anderen Grundrechten bestehen.

gen eine Verschmelzung beider Rechte stattfindet: dann nämlich, wenn ein Gericht von einer Identität des einfach- und verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts ausgeht und für den Schutzbereich *nur* das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht und *für* die Sanktion nur die zivilrechtliche Bestimmung verwendet.

## 8. *Inhaltliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen, allgemeinen Persönlichkeitsrechts*

### a) „Allgemein“

„Allgemein“ ist das in Art. 2 und 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht im Gegensatz zu den speziellen, „benannten Freiheitsrechten“ (wie etwa Gewissens- oder Meinungsfreiheit).<sup>855</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht „Auffangtatbestand“, wie etwa die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete „allgemeine Handlungsfreiheit“, *sondern in seinem Schutzbereich* „lex specialis“. Dem Grundsatz der Spezialität wird durch eine inhaltliche Reduktion Rechnung getragen: so soll das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur die

*„engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen“*<sup>856</sup>

schützen. Dieser inhaltlichen Reduktion widerspricht das BVerfG-Judikat zur „Soldatenwerbung“, weil nicht ersichtlich ist, wie ideelle Kommunikation unter Soldaten diese engere persönliche Lebenssphäre verletzt.

### b) *Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrecht? – die Rechtsprechung des BVerfG*

Zu den Fallgruppen, die das BVerfG in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht bereits entschieden hat, gehört die negative Rezipientenfreiheit *grundsätzlich* nicht. *Eine* Ausnahme ist die Soldatenwerbungsentscheidung. Weder

- (1) die Darstellung der Person in der Öffentlichkeit,
- (2) das Recht auf informationelle Selbstbestimmung,
- (3) das Recht auf Privatheit der Sexualsphäre noch
- (4) das Recht auf Resozialisierung

---

855 BVerfGE 54, 148, 153. Grundlegende Kritik bei P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S. 58- 65, der ein *allgemeines* Persönlichkeitsrecht auf bürgerlichrechtlicher Ebene als unzulässige richterliche Rechtsfortbildung kritisiert (S.63) und lediglich einzelne Ausstrahlungswirkungen mehrerer, spezieller Persönlichkeitsrechte geschützt sehen will. Siehe auch P.Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 72- 77 m.w.N. Die Beschränkung des "allgemeinen Persönlichkeitsrechts" auf den Kernbereich privat gestalteter Lebenswelt wie er im Rahmen dieser Untersuchung vertreten wird, kommt diesem Verlangen nach Absage an ein umfassendes, allgemeines Persönlichkeitsrecht (W.Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 243 f "Globalregelung des Unnormierbaren") entgegen. Soweit bei der kommerziellen Sprache auf die negative Rezipientenfreiheit abgestellt wird, die dann auch in § 823 BGB zum "sonstigen Recht" würde, muß sich aber auch diese Untersuchung den Anforderungen der Rechtsfortbildung stellen.

856 BVerfGE 54, 148, 153; BVerfG 72, 155, 170. Vergleiche auch zur Diskussion um die persönliche Entfaltungsfreiheit, die nur in Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, deren Bezug zu den Grundlagen der Persönlichkeitsentfaltung aber strittig ist H.Hesse, Verfassungsrecht, 1995, Rdn. 425 – 428 m.w.N. und das Mindervotum des Richters Grimm in BVerfGE 80, 137, 164 ff "Reiten im Walde".

sind bei den Werbefällen unmittelbar betroffen.<sup>857</sup> Diese Fallgruppen machen deutlich, daß es um einen nahen Bezug zur individuellen Persönlichkeit gehen muß und Kennzeichen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die „Passivität“ des Grundrechtsträgers ist; paradigmatisch beschrieben in der Entscheidung des BVerfG zum Mikrozensus:

„... weil dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit willen ein „Innenraum“ verbleiben muß, in dem er „sich selbst besitzt“ und „in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt“<sup>858</sup>

Im Kernbereich des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts befindet sich damit die *Intimsphäre*. Wenn der Grundrechtsträger sich dagegen selbst nach außen wendet und etwa mit Plakataußenwerbung konfrontiert wird, dann wächst mit dem Maß der „interindividuellen oder sozialen Kommunikation“<sup>859</sup> die Beschränkbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (*Sozialsphäre*).

### c) *Sphärenbetrachtung und Spezialität*

Diese Schutzkern- und Schutzhofbetrachtung wird im Verfassungsrecht durch Spezialitätsbeziehungen mit anderen Grundrechten ergänzt. **Rupert Scholz** entwickelt in Anlehnung an die BVerfG-Rechtsprechung eine Systematik *zur allgemeinen Handlungsfreiheit*, die auch auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht übertragen werden kann.

- (1) Wenn es um die *Kernbereichsszone* geht – die Intimsphäre<sup>860</sup> – dann schließe Art. 2 Abs. 1 GG als spezielles Recht die übrigen Freiheitsrechte aus<sup>861</sup>. Relevant wird diese Fallgestaltung für die Frage, ob die negative Rezipientenfreiheit durch Art. 5 GG oder specialiter in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG geschützt ist. Soweit eine Werbemethode den *Intimbereich* verletzt, ist *alleiniger* Prüfungsmaßstab Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG.
- (2) Sachlich konkretisiert<sup>862</sup> Art.2 Abs. 1 GG die speziellen Freiheitsgewährleistungen um Rechte, die dort (noch nicht) als subjektives Recht geschützt werden.

---

857 Fallgruppen nach H.D.Jarras, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857, 859.

858 BVerfGE 27, 1, 6.

859 R.Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, AÖR 100, 81, 93; 265, 267.

860 R.Scholz, AÖR 100 (19..), 81, 116 verwendet den Begriff "Privatsphäre". Wegen der Parallelität mit dem einfachgesetzlichen Persönlichkeitsrechts wird hier aber für den *Kernbereich* der Begriff "Intimsphäre", gewählt.

861 Diese Betrachtung gilt auch für die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit. Hier sei ein unantastbarer Kernbereich in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet R.Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, AÖR 100 (19..), 265, 274 f.

862 In der Terminologie von Scholz handelt es sich um "rechts"objektive" interne Supplementärwirkungen", AÖR 100 (19 ), 81, 120 f.

Ein Beispiel soll die in Art. 5 GG *nicht* als subjektives Recht geschützte Informationsfreiheit sein,<sup>863</sup> soweit sie sich als „Grundrecht auf Unterrichteit“ darstellt.

- (3) Sachlich ergänzt Art. 2 Abs. 1 GG die speziellen Gewährleistungen im Bereich der Wirtschaftsfreiheiten, weil dort – wenn nicht die konkreten Ausformungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit in Art. 12 und 14 GG geschützt sind – sie jedenfalls in Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sind.<sup>864</sup>
- (4) Selbst wenn der „passive“ Rezipient sich nur auf Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 1 GG) stützen kann und der Werbende sich auf Art. 5 GG (oder Art. 12 GG) berufen könnte, dann ist für die *Grundrechtskollision* nicht von einem abstrakten Vorrang des Spezialfreiheitsrechts auszugehen, sondern eine Güterabwägung *im Einzelfall* notwendig.

d) *Juristische Personen als Grundrechtsträger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?*

Die bipolare Verankerung des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ in Art. 1 und 2 GG ist Grund für die Frage, inwieweit juristische Personen (Art. 19 Abs. 3 GG) ein allgemeines Persönlichkeitsrecht haben. Der Entfaltungsaspekt des Art. 2 Abs. 1 GG kann ihnen als Bestandteil der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zukommen. Problematisch ist dies aber beim „Menschenwürdebestandteil“ und *der* ist für den erhöhten Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Vergleich zur „nur“ in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten, Betätigungsfreiheit maßgebend.

aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht bietet keinen Schutz vor Werbung

Die Zivilgerichte beschränken das allgemeine Persönlichkeitsrecht von „Unternehmen“ (*im Sinne juristischer Personen (Art. 19 Abs. 3 GG)*)<sup>865</sup>. So soll das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Unternehmens „nur“ seinen „*sozialen Geltungsanspruch*“ umfassen.

Dieser soll nach einem BGH-Judikat etwa verletzt sein, wenn im Rahmen eines Fortbildungsseminars für Steuerberater der veröffentlichte Jahresabschluß eines Unternehmens (§ 325 ff HGB) ohne Anonymisierung kritisch beleuchtet wird und (zutreffende) Kritik hinsichtlich vermeintlicher Schwachstellen des Unternehmens geübt wird.<sup>866</sup> Das Rechtsprechungsbeispiel ist der Fallgruppe „*qualifizierter negativer Rezipienteninteressen*“ zuzuordnen. Es handelt sich um einen Fall der Entscheidungsdeterminanz des *verfassungsrechtlichen* Persönlichkeitsrechts, weil der BGH eine Kollisionslage zwischen der Wissenschaftsfreiheit des Veranstalters (Art. 5 Abs. 3 GG) – eines Professors für Wirtschaftswissenschaften

863 Unter Bezug auf BVerfGE 27, 71 (81).

864 Als "rechtsobjektive (obwohl er ein subjektives Recht bejaht) externe Supplementarität" bezeichnet von R. Scholz, AÖR 100 (19 ), 81, 121, 128 f.

865 Eine *ausdrückliche* Unterscheidung zwischen privatrechtlichen juristischen Personen (GmbH, AG) mit eigener Rechtsfähigkeit und verfassungsrechtlichen "juristischen Personen" (die auch die OHG oder die BGB-Gesellschaft umfassen (Art. 19 Abs. 3 GG) findet sich in der Rechtsprechung nicht.

866 BGH Urt.v.8.2.1994 ZUM 1995, 273, 275.

– und dem Persönlichkeitsrecht des Unternehmens (Art. 2 Abs. 1 GG ) vorfand. Der BGH verlangt, daß der Wissenschaftler die Bilanz, die das Unternehmen *handelsgesetzlich zwingend veröffentlichen mußte, anonymisieren sollte*. Diese Anonymisierungsverpflichtung *stelle keine „ernstliche Beschränkung der wissenschaftlichen Belange“*<sup>867</sup> des Veranstalters dar. Das BVerfG, das die Urteilsverfassungsbeschwerde in einer Kammerentscheidung *nicht* zur Entscheidung angenommen hat, unterstützte *ausdrücklich* die Ausführungen des BGH zur Darlegungspflicht eines Wissenschaftlers, soweit die Ausübung der Wissenschaftsfreiheit durch die Nennung öffentlicher Daten nicht gefördert werde.<sup>868</sup> Diese Etablierung einer Argumentationslast widerspricht indessen nicht nur der Wissenschaftsfreiheit,<sup>869</sup> sondern bereits der Meinungsfreiheit des Veranstalters, der im Bundesanzeiger veröffentlichte, zu unterstellen zutreffende Jahresabschlüsse anonymisieren soll, *damit er sie kritisieren darf*. Nicht nur die Verkenning der Einschlägigkeit von meinungsfreiheitlichen Belangen kennzeichnet aber den Nicht-Annahmebeschluß des BVerfG, sondern auch die Fehlinterpretation des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Unternehmen. Nach der Auffassung des BVerfG ist auch bei der Beeinträchtigung des sozialen Geltungsanspruchs des Unternehmens „nur“ der wirtschaftliche Betätigungsaspekt – also die Art. 2 Abs. 1 GG Komponente – des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verletzt; diese sei deckungsgleich mit der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und deshalb bedürfe es insoweit keiner grundsätzlichen Klärung, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch Unternehmen zustünde.

Wendet man diese Rechtsprechung auf *allgemeine negative Rezipienteninteressen* an, dann schützt das Persönlichkeitsrecht Unternehmen nicht *vor* Werbung. *Unternehmen könnten sich nach dieser Rechtsprechung damit grundrechtlich „nur“ auf den Schutz des Eigentums, den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Art. 14 GG) oder die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Art. 12 GG) berufen*. Nach hier vertretener Ansicht käme indes auch eine negative Rezipientenfremheit in Art. 5 GG in Betracht.

bb) Erstreckung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf juristische Personen (Art. 19 Abs. 3 GG)?

Diese Rechtsprechung ist aus mehreren Gründen angreifbar:

(1) Das Unternehmen wollte sich nicht *„betätigen“* sondern wurde zum Gegenstand der Grundrechtsausübung von Veranstalter und Hörern. Gerade das Recht auf Passivität ist Gegenstand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – nicht aber unmittelbar die aus gutem Grund auch so genannten *„Betätigungsfreiheit“* in Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>870</sup> Wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht

867 BGH Urt.v.8.2.1994 ZUM 1995, 273, 275.

868 BVerfG (Kammer)Beschl.v.3.5.1994, NJW 1994, 1784 f. Einhellige Kritik der Entscheidung; statt vieler M.Lutter, Die handelsrechtliche Publizität – direkt für die Mülltonne? AG 1994, 347; A.Junker, Bundeskanzler Dr.A., ZIP 1994, 1499 m.w.N.; und die Urteilsanmerkung von H.J.Mertens AG 1994, 370 f.

869 Wobei man sicher weiter hätte erörtern können, inwieweit der Schutzbereich tatsächlich eröffnet ist. BVerfG und BGH haben aber die Einschlägigkeit von Art. 5 Abs. 3 GG zumindest unterstellt.

870 Die Verschlechterung irgendwelcher wirtschaftlicher Betätigungschancen durch die Kritik an einem Unternehmensjahresabschluß hätte zudem dargetan werden müssen, damit man

juristischen Personen zustehen könnte, dann ist es bei der Kritik an einem Unternehmen *lex specialis*.

- (2) Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Meinung- auf die **Betätigungsfreiheit** abstellt, dann ist Art. 12 GG *lex specialis* – und damit auch sein Schrankenvorbehalt. Insoweit birgt der Rekurs auf Art. 2 Abs. 1 GG die Gefahr einer Schrankenreduzierung für staatliche und private Eingriffe.
- (3) **Wenn man der BGH-Argumentation folgt**, dann ist die Vernachlässigung des „Menschenwürdebestandteils“ bei Unternehmen unzutreffend. Der BGH stellte nämlich gerade darauf ab, daß das Unternehmen von dem Veranstalter **„gezielt vorgeführt wurde.“**<sup>871</sup>

Das ist die Andeutung der Parallele zur Objektformel, die das BVerfG<sup>872</sup> zu Art. 1 Abs.1 GG entwickelt hatte.

Das Unternehmen wird hier zum Objekt von (sprachlicher) „Gewalt“<sup>873</sup>, und der Staat verweigert den ihm aufgegebenen Schutz (Art. 1 Abs. 1 S.2 GG).

- (4) Bereits die Zuordnung zur **Berührung** des Schutzbereichs der **„Würde der juristischen Person“ (Art. 1 Abs. 1 GG)** ermöglicht es nach hier vertretener Ansicht eine Verletzung dieser Würde **abzulehnen**.

Es ist keine Frage der Würde, daß aufgrund (vorgeblich und unwiderlegt) zutreffender, vom **Unternehmen selbst veröffentlichter Basisdaten** eine Kritik an (einem Menschen oder) einem Unternehmen erfolgt – soweit diese Kritik vertretbar<sup>874</sup> und nicht in Formen der Schmähekritik erfolgt. Es fehlt hier sowohl am Bezug zur Intimsphäre – dem Recht auf Einsamkeit – als auch der Sozialsphäre – die Betätigung des Unternehmens ist weiterhin möglich und es kann der Kritik des Veranstalters auch öffentlich entgegentreten. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist damit nicht verletzt und der Vorrang der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit durch die Entscheidungen nicht gewahrt worden.

Die **Schlußfolgerung**, die aus dieser Rechtsprechung zu ziehen ist, ist, **daß der Würdeaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch bei juristischen Personen** in das allgemeine Persönlichkeitsrecht miteinbezogen wird. Das schließt nicht aus, daß – weil das Unternehmen<sup>875</sup> sich selbst mit seinen

---

überhaupt zur Stellung der Frage kommt, inwieweit und wo solche "Chancen" geschützt sind (Aktienmarkt, Produktmarkt ...)

871 BGH Urt.v.8.2.1994 ZUM 1995, 273 f.

872 Statt vieler BVerfGE 9, 89, 95 und BVerfGE 50, 166, 175.

873 Auch wenn man dieser BGH – Rechtsprechung – siehe auch die Entscheidung zu Fall III – zur Gewalt durch Sprache nicht folgen wollte.

874 Der Begriff "vertretbar" ist der Mischung aus Werturteil, zutreffender Tatsachenbehauptung und prognostischer – d.h. nicht gegenwärtig verifizierbarer Entwicklungsbehauptungen – angemessener als die Qualifikation als "zutreffende" Kritik.

875 Der höchst strittige Unternehmensbegriff trifft keine Aussage darüber, ob das Unternehmen von einer juristischen oder natürlichen Person ausgeht. Wenn es sich um eine natürliche Person handelt, steht ihr immer das allgemeine Persönlichkeitsrecht offen. Auch hier mag aber die Tatsache, daß sie ein Unternehmen betreibt, zu einer Minderung des Schutzes

Produkten und mit Werbung auf den Markt begibt – eine andere Gewichtung als bei natürlichen Personen, die Nachfrager sind, angebracht ist.<sup>876</sup> Auch juristische Personen können allgemeine Persönlichkeitsrechte und damit auch etwa Schutz vor Beeinflussung und Belästigung durch Werbung geltend machen. Damit ergeben sich für den Bereich des allgemeinen negativen Rezipienteninteresses parallele Strukturen: Vorrangig ist eine Rezipientenfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG beim Schutz vor kommerzieller Werbung zu prüfen und ergänzend ist die Frage nach dem Schutz der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG zu stellen: Eine solche parallele Betrachtung ermöglicht es, daß am Wirtschaftsverkehr Beteiligte (Anbieter und Nachfrager) ungeachtet ihrer „Organisations“form – als Privatmann, Einzelkaufmann oder juristische Person – **auf Schutzbereichsebene gleichmäßigen** Schutz beanspruchen können. Die Situation, in der sie geschützt werden sollen, ist identisch; die Interessen, die hinter diesem Schutzanspruch stehen, mögen dann **im Einzelfall** eine unterschiedliche Bewertung **von Aktivität und Passivität** verlangen.

### **9. Inhaltliche Konkretisierung des privatrechtlichen, allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

Hier ist zunächst festzustellen, daß die Struktur des einfachgesetzlichen Persönlichkeitsrechts sich nicht grundlegend vom verfassungsrechtlichen zu unterscheiden scheint, weil Spezialitätsbetrachtungen auch **innerhalb** von § 823 Abs. 1 BGB feststellbar sind.

So soll nach der Rechtsprechung Telefaxwerbung **nur** das in § 823 Abs. 1 BGB **geschützte Eigentumsrecht** und **das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**<sup>877</sup> berühren, während für die Beurteilung der Briefkastenwerbung vorrangig der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht geprüft wird.<sup>878</sup>

#### **a) Terminologische Parallelität**

**Parallel** zum Verfassungsrecht können die Fälle behandelt werden, in denen das Eigentumsrecht betroffen ist; also etwa bei der Überwälzung von Werbungskosten vom Werbenden auf den Beworbenen bei der Telefaxwerbung (siehe unter..). Schwieriger für eine parallele Zuordnung sind die Fallgestaltungen, in denen die Kontakte zwischen Werbenden und Beworbenem **nur temporale** oder **spezielle lokale** Eigenheiten aufweisen.

---

führen. Siehe hierzu BGH Urt.v.12.10.1993 DB 1994, 215 ff, wo ein Vorstandsvorsitzender wegen seiner Tätigkeit für ein Unternehmen weniger Persönlichkeitsschutz genießen soll.

876 Anderer Meinung St.Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, S.152 ff (154) der bei juristischen Personen und "sonstigen Verbänden" nur auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb abstellen will.

877 OLG München Beschl.v.8.2.1993 CR 1994, 153.

878 BGH Urt.v.20.12.1988 NJW 1989, 902 f. Dazu unter ...

So bei der Aufwendung von Zeit für die Erkenntnis, daß es sich bei der Kommunikation *um* „Werbung“ handelt oder bei Werbung, die außerhalb der Sphäre persönlicher Lebensgestaltung erfolgt (Fall II a „Tote Herzen“).

Erschwert wird eine verfassungsparallele Terminologie in diesen Fällen durch die im Sachverhalt enthaltene Kombination der Betroffenheit mehrerer Rezipienteninteressen *und* durch die Verortung von Unterlassungsansprüchen im Recht der unerlaubten Handlung (§§ 1004 i.V.m. § 823 BGB) *sowie* der Besitzstörung (§ 862 BGB). *Die Zivilgerichte und die privatrechtliche Literatur neigen zu einer Vermengung sämtlicher Rezipientenbelange im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.* Sie verzichten indes nicht gänzlich auf eine Regelbildung, sondern differenzieren nach Sphären.

#### *b) Sphärenbetrachtung*

So glaubt die Literatur in der Rechtsprechung eine Dreiteilung zu erkennen – und zwar in *Intim-, Privat- und Sozialsphäre*.<sup>879</sup> Diese Dreiteilung könnte durch drei konzentrische Kreise dargestellt werden.

Die Intimsphäre, der innerste Kreis soll unantastbar sein, während die Privatsphäre unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einschränkbar ist. Der Sozialsphäre kommt dabei eine „Pufferfunktion“ zu; das heißt sie trennt individuelle Belange von Allgemeinwohlbelangen.<sup>880</sup> Außerhalb auch der Sozialsphäre liegen Vorgänge, die keinen Bezug zur Persönlichkeit aufweisen – so etwa Verwaltungsinterna, die in den Mauern der Behörde verbleiben.

Die Konturen der drei konzentrischen Kreise sind nicht trennscharf; außer in Evidenzfällen ist bereits die Trennung zwischen Intim- und Privatsphäre diffizil<sup>881</sup>. Die Inanspruchnahme der Zeit des Beworbenen durch die Werbung wie auch die Beeinflussung, der der Beworbene sich auch außerhalb seines lokal bestimmten Intim- oder Privatsphärenbereichs ausgesetzt sieht, können diesen Sphären nicht

---

879 Die Sphärenbetrachtungen in der Literatur differieren in der Terminologie: H.E.Brandner, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung, JZ 1983, 689, 690 spricht von (1) Intim-, (2) Privat- und (3) beruflicher Sphäre. Letztere wäre bei vergleichender Werbung vor allem betroffen. Unter Zitierung von H.Brandner (Fn.100) nennt Th.Ch.Paefgen, Telefonwerbung im Brennspiegel der Justiz, Archiv für Telekommunikation 1992, 12, 19 (1) Intim-, (2) Privat und (3) Sozialsphäre. P.Schwerdtner, in: Münchner Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.1, 1993, § 12 S.100 unterscheidet (1) Intim- und Privatsphäre (2) Ehrensphäre (3) Recht auf Identität (4) Selbstentfaltung; W.Ehlers, Der persönlichkeitsrechtliche Schutz des Verbrauchers vor Werbung, WRP 1983, 187 f. unterscheidet zwischen (1) Recht an der Persönlichkeit (2) Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2, Abs. 1 GG) und (3) Recht auf Individualität, die wiederum inhaltlich aus drei Schutzkreisen nämlich der Individualsphäre, der Privatsphäre und der Intimsphäre bestehe. Siehe zu den unterschiedlichen Bedeutungen von Person und Persönlichkeit P.Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 82 ff (84).

880 Th.Ch.Paefgen, Telefonwerbung im Brennspiegel der Justiz, Archiv für Telekommunikation 1992, S. 12, 19.

881 Die Rechtsprechung zitiert zwar den Begriff der Intimsphäre; bereits die Unterscheidung zur Privatsphäre ist aber in der Rechtsprechung nicht mehr konturenscharf (dazu m.w.N. P.Schwerdtner, in: Münchner Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.1, 1993, § 12 Rn. 216).

ohne weiteres zugeordnet werden. Das ist ein Argument dafür, den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinsichtlich des Schutzes *vor Werbung* auf einen Kernbereich<sup>882</sup> zu konzentrieren und Privat- und Sozialsphäre dem Schutz der parallelen, negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG zu überantworten. Jenseits dieser Kategorisierungsprobleme kann das Bild der drei konzentrischen Kreise aber verdeutlichen, daß der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geringer wird, je weiter das Individuum sich auf die Umwelt zubewegt.<sup>883</sup>

Die Zuordnung *der* negativen Rezipientenfreiheit bei kommerzieller Sprache zu *einer* Sphäre ist ausgeschlossen; bei der Außenwerbung (Fall II a „Tote Herzen“) ist der Umweltbezug groß, weshalb eher eine Zuordnung zur Sozialsphäre angebracht ist; bei der Telefonwerbung wird der einzelne in seinem Rückzugsbereich erfaßt – also in der Intimsphäre seiner Wohnung.

***Bereits diese Beispiele machen deutlich, daß werbemittel- und werbeträgerabhängige Berührungen des negativen Rezipienteninteresses zu unterscheiden sind.***

#### ***10. Negative Rezipientenfreiheit als Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)***

Eines Rückgriffs auf die allgemeinen Persönlichkeitsrechte bedarf es dann für den Schutz der negativen Rezipienteninteressen ***nicht, wenn bereits die Menschenwürde den Schutz der Rezipientenfreiheit fordert (Art. 1 Abs. 1 GG).***

Der Schutz der Menschenwürde wurde beim Schutz der negativen Rezipientenfreiheit gegen den Einsatz subliminaler Techniken bejaht (siehe im 3.Kapitel 4 a).

Ein Beispiel, in dem der BGH die Menschenwürde gegen „negative Beeinflussung“ wie auch „Belästigung“ geschützt hat, ist Fall III („Busengrapscher“). Er wird deshalb im Kontext mit den allgemeinen Persönlichkeitsrechten dargestellt, um die Problematik der Zuordnung zu den Sphären wie auch die Praktikabilität einer parallelen Rezipientenfreiheit zu verdeutlichen.

##### ***a) Einordnung der negativen Rezipientenfreiheit in ein Sphärenmodell – Fall III***

Der BGH hatte über eine Etikettierung von Likör mit den Namen „Busengrapscher“ und „Schlöpferstürmer“ zu entscheiden. Die Likörflaschen „zierten“ neben diesen „Marken“<sup>884</sup> auch einschlägige Zeichnungen. Es handelt sich um einen Fall des „qualifizierten negativen Rezipienteninteresses“, weil Frauen Gegenstand

---

882 Anders der Vorschlag von St.Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, 19., S. 175 f, der auch außerhalb der privat gestalteten Sphäre eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts prüfen will.

883 Th.Ch.Paefgen, Telefonwerbung im Brennspiegel der Justiz, Archiv für Telekommunikation 1992, S. 12, 19.

884 Eine Eintragung war vorher abgelehnt worden.

der Darstellung waren und sich gleichzeitig – so sie mit diesen konfrontiert werden – belästigt fühlen.<sup>885</sup> Der BGH hat wegen des

„diskriminierenden und *die Menschenwürde* verletzenden Eindrucks der sexuellen Verfügbarkeit der Frau als mögliche Folge des Genusses des ... alkoholischen Getränks“<sup>886</sup>

die Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG bejaht. Wenn man die Argumentation mit der Menschenwürde „wegdenkt“, dann werden die Begründungsschwierigkeiten für die Untersagung dieser Werbung anhand der Dogmatik zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht deutlich:

- Ist hier nun die *Intimsphäre* der Frauen, die dieses Produkt beanstandeten, verletzt, weil sie wissen, daß solche Produkte angeboten werden und sie sich in ihrem Geltungsanspruch verunsichert und verletzt fühlen?
- Ist es die *Privatsphäre*, weil den Frauen *nicht* die Rückzugsmöglichkeit in ein gegenständliches forum internum verschlossen wird und sich „Busengrapscher“ nicht auf konkrete Busen einer Persönlichkeit bezieht?
- Oder ist die *Sozialsphäre* einschlägig, weil die Frauen selbst in den Supermarkt gehen, damit den „Kontakt nach außen“ suchen und durch „Wegblicken“ der Belästigung entgehen können.
- Oder handelt es sich um einen *Allgemeinwohlbelang*, der dem konkreten Persönlichkeitsrecht *einer* Frau *nicht* zuzuordnen ist und der in die Interessenabwägung miteinfließt?<sup>887</sup>

Obwohl der BGH die geschlechterdiskriminierende (*negative Beeinflussung*) als auch die *belästigende Wirkung* der Werbung erwähnt, stützt er seine Entscheidung *nicht auf das einfachgesetzliche allgemeine Persönlichkeitsrecht*. Der BGH begibt sich in der Entscheidung vielmehr auf die Ebene des Verfassungsrechts. Und hier stützt er sich *nicht* auf das verfassungsrechtliche, allgemeine Persönlichkeitsrecht, *das die oben genannte Sphärenproblematik in verengter Form stellen würde* (Intim- oder Sozialsphäre), sondern unmittelbar und direkt auf Art. 1 Abs. 1 GG. *Mit diesem Vorgehen scheidet eine Sphärenbetrachtung wie auch eine Konkordierung zwischen Rechten des Werbenden und des Bevorzugten aus; eine Verletzung der Menschenwürde ist immer per se unzulässig*. Fall III („Busengrapscher“) wäre damit ein Anwendungsfall des hier so bezeichneten *objektiv entscheidungsdeterminativen* Verfassungsrechts.

#### b) Werbeinhalte als Verstoß gegen die Menschenwürde?

Kann man aber wirklich behaupten, daß die Würde irgendeines Menschen durch die Existenz einer Likörflasche mit einem Produktnamen und mit einer Zeichnung, die keine konkret identifizierbare Person zeigt, verletzt wird? Oder ist nicht vielmehr „bloß“ die Handlungslast desjenigen betroffen, der nicht rezipieren will

885 Für Männer handelt es sich um einen Fall "nur" des negativen Rezipienteninteresses.

886 Leitsatz von BGH Urt.v.18.5.1995 GRUR 1995, 592 "Busengrapscher".

887 Wobei die Gegensätze "Allgemeinwohlbelang" und "Menschenwürde" für sich sprechen.

– das negative Rezipienteninteresse, das in Art. 2 Abs. 1 oder Art. 5 GG geschützt wird? Damit stellt sich die Frage, wann ein Mensch nicht mehr würdig ist. Art. 1 Abs. 1 GG soll nach der berühmten Faustformel des BVerfG den Menschen davor schützen zum „Objekt von (staatlicher) Gewalt“ gemacht zu werden. Es handelt sich um das erste und einzige, dogmatisch umfassend geschützte Grundrecht<sup>888</sup> des Grundgesetzes, das explizit „unantastbar“ ist. Diese Sonderstellung des „obersten Konstitutionsprinzips“<sup>889</sup> verlangt bereits einen sorgfältigen, *sprachliche* Verwendung des Begriffs, um einer sprachlichen Inflationierung und einer Flut von engen Zirkelschlüssen vorzubeugen. Bei der *Subsumtion* ist zu prüfen, ob denn Sprache überhaupt „Gewalt“ sein kann; dies ist nicht von vornherein auszuschließen, bei der Verwendung der Begriffe „Busengrapscher“ und „Schlüpferstürmer“ handelt es sich aber sicher nicht um Gewalt<sup>890</sup>. Auch die Zeichnungen, die willfähige Frauen zeigen, sind keine Gewalt. Durch Likörflaschen wird auch niemand genötigt sich aggressiv oder willfährig zu verhalten. Auch fehlt es an der Objektivierung von Individuen, weil die sich betroffen fühlenden Menschen den Meinungskampf suchen können, also Subjekte im Diskurs bleiben.

Selbst wenn man sich von der Objektformel löst und in der Kommentarliteratur nach „weiteren“ Fallgruppen sucht, bei denen eine Verletzung der Menschenwürde bejaht wird, fällt die Andersartigkeit der Sachverhalte auf. Das Liköretikett hat mit Genozid, Zwangsarbeit, Terror<sup>891</sup>, um nur einige eklatante Fälle zu nennen, nichts gemein. Allein die Zuordnung „geschmackloser, sexistischer Werbung“ zu diesen Fallgruppen, die in Zukunft bei Art. 1 Abs. 1 GG kommentiert werden müsste, führt zu einer (inflationären) Kommerzialisierung der Menschenwürde.

Die Begründung des BGH nimmt weder zur Frage der sprachlichen Gewalt Stellung, noch erklärt sie, worin tatbestandlich die Verletzung der Menschenwürde besteht. Sie ist deshalb sowohl methodisch unbefriedigend als auch sachliche unzutreffend. Methodisch unbefriedigend deshalb, weil der BGH hier im Rahmen einer Generalklausel/Blankettnorm-Rechtsprechung auf anderen Gebieten bereits gemachte Versuche wiederholt, Art. 1 Abs. 1 GG als Werbe-„Politikprogramm“<sup>892</sup> zu etablieren.

---

888 Der Streit um den Grundrechtscharakter von § 1 Abs. 1 GG ist auch wegen der eindeutigen Rechtsprechung des BVerfG zurecht "abgeebbt" vgl. Ph.Kunig, in: v.Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Bd.1, Art. 1 Rn.3 und die Gegenauffassung G.Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Rn.11 .

889 G.Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Rn.14.

890 Insbesondere im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zur Nötigung durch Sitzblockaden.

891 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit für die in der Literatur gegebene Beispiele; m.w.N. G.Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Rn.30-37.

892 Hierzu Ph.Kunig, in: v.Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Bd.1, Art. 1 Rn. 9.

c) *Urteilsbegründungen als Verletzung der Menschenwürde?*

Fall III („Busengrapscher“) ist auch ein Beispiel, wie ein Gericht, das für die eigene Entscheidungsbegründung an der Unantastbarkeit der Menschenwürde Anteil haben will, selbst in die Gefahr gerät, die Menschenwürde zu verletzen. Die Verwendung des topos „Menschenwürde“ – unterstellt man folgt dem Sprachgebrauch des BGH – ist nämlich zweischneidig: nach hier vertretener Ansicht ist die Etikettierung von Likörflaschen als Sprache eines Privaten *zweitrangig* und die Begründung des BGH-Urteils als Sprache des Staates *vorrangig* geeignet die Menschenwürde von Frauen zu verletzen. Steht hinter der BGH-Begründung doch die Auffassung, daß Frauen durch solche Angriffe *de minimis* überhaupt in ihrer Würde betroffen sein können. Frauenwürde, die solchen Schutzes bedarf, ist – solange der BGH das nicht überzeugend begründet – *keine a priori schützenswerte Würde*. Und „Frauenwürde“, die so *staatlich* kreierte wird, ist eine Nichtachtung der *Menschenwürde*, weil die Menschenwürde eine Differenzierung von Frauen- und Männerwürde verbietet. Es muß weiter in Betracht gezogen werden, daß die BGH-Begründung eine viel größere Anzahl von Rezipienten erreicht als das Angebot des nunmehr nicht vertreibbaren Likörs. Allein eines solche Begründung ist damit eine viel größere Gefahr für wirkliche Frauenwürde. Auch eine so verstandene „Frauenwürde“ ist indes bei einer solchen Verpackungswerbung nicht durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.

Selbst angesichts einer überfälligen Reform des Vergewaltigungsstrafrechts, die auch zur Bestrafung bei männlichen Opfern führen muß, ist es absurd, behaupten zu wollen, daß (in einem hypothetischen Spiegelbild-Szenario) Likörflaschen mit dem Etikett „Slip-Stürmerin“ oder „...-Tatscherin“ die Würde von Männern verletzen würden.<sup>893</sup>

Entsprechend der Ratio dieser BGH-Entscheidung müßten auch Filme oder Romane daraufhin untersucht werden, inwieweit sie Frauen oder Männer darstellen, die andere – im qualifizierten Falle nur nach Alkoholgenuß – zu willfähigen Objekten ihres Sexualtriebs machen, ohne daß auf die Unzulässigkeit solchen Verhaltens hingewiesen wird.

Speziell die frühen Bände der Memoiren Casanovas oder die Schule der Ausschweifung von de Sade, die solche Eroberungen literarisch feiern, würden eine so verstandene Menschenwürde gefährden. Die Menschenwürde ist auch für künstlerische Produktionen „unantastbar“.

d) *Rekurs auf die Menschenwürde als Ausweg aus der Sphärenproblematik?*

Wie evasiv der direkte, wenn auch unzutreffende, Rückgriff auf die Menschenwürde ist, zeigen die argumentativen Hürden, die sich aufrichten, wenn man ver-

---

893 Nicht ausgeschlossen ist damit, daß Selbstkontrollorgane solche Werbung rügen können (so lag dem Deutschen Werberat 1995 eine Anzeige mit einer Frau vor, die einem Mann "vorne in die Hose blickt. Auf die Rüge wurde die Verbreitung der Anzeige eingestellt), die einen oder eine negative Rezipientenfreiheit (Art. 2 Abs. 1, Art. 5 GG) oder einfachrechtliche Topoi wie "Nachahmungsgefahr" die Sittenwidrigkeit begründen können.

sucht, den Sachverhalt in Hinblick auf den Schutz der negativen Rezipientenfreiheit als in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschütztem Recht zu würdigen. Das wird relevant, wenn ein nach dem UWG *nicht klageberechtigter (§§ 1, 13 UWG) Kläger* gegen den Likörhersteller und -vertreiber Unterlassungsansprüche geltend machen will.

Bei einer Verletzung der Menschenwürde liegt immer eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – einfachgesetzlich oder verfassungsrechtlich – vor. Eine Art. 1 Abs. 1 GG nicht Rechnung tragende Konkretisierung von §§ 823 Abs. 1 und 1004 BGB wäre verfassungswidrig.

Der Sachverhalt von Fall III („Busengrapscher“) ist mit den bisherigen Fallgruppen des Rezipientenschutzes via allgemeinem Persönlichkeitsrecht nicht vereinbar: Es handelt sich zwar um einen Sachverhalt, der Menschen unangenehm berührt. Grundsätzlich können sie wegblicken, und damit könnte man nach der „*Argumentation der Ausweichmöglichkeit*“ einen Eingriff verneinen.<sup>894</sup> Dem könnte man entgegenhalten, daß das Wegblicken als Vermeidungslast insoweit nicht entscheidend ist, sondern die emotionale Berührung *vor* dem „Wegblicken“ erfolgt und *danach* auch bestehen bleibt (negativer Beeinflussungsaspekt).<sup>895</sup> Die Verbreitung des Bildes einer „passiven Frau, die dem handgreiflichen, durch den Likör gestärkten Mann freudig zu Willen ist“, ist – wie auch die Proteste der Frauenbewegungen zeigen – geeignet, Rezipientenbelange dauerhaft zu berühren. Wegen dieser Beeinträchtigung des Intimbereichs könnte man eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bejahen. *Dagegen* spricht, daß der einzelne Rezipient, wenn er sich gegen den Inhalt von Werbung wendet – wie teilweise auch in Fall II b („Tote Herzen“) – , allein darüber bestimmt, wie intim ihn Einflüsse von außen berühren. Außerdem handelt es sich hier wohl eher um eine Berührung der Sozialsphäre, weil konkrete Frauen nicht genannt sind und die „Belästigung“ außerhalb des räumlich identifizierbaren Bereich persönlicher Lebensgestaltung stattfindet. Ein Recht auf sittliche Umwelt – oder das was der einzelne Rezipient darunter versteht – gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG (bisher) nicht. Einschlägig dafür könnte eine Art. 5 beizuordnende, negative Rezipientenfreiheit

---

894 C.v.Gierke, Wettbewerbsrechtlicher Schutz der Persönlichkeitssphäre, S. 243, 248, in: Festschrift für H.Pieper, 1996, bejaht bei Fall III ein "- allerdings nicht individuell zu verstehendes – Persönlichkeitsrecht des Umworbenen. Je mehr Persönlichkeitsrechte es "gibt" – wettbewerbsrechtlich, verwaltungsrechtlich, zivilrechtlich ...- , desto mehr verliert die Verfassung an Steuerungskraft, weil auch die Rückkoppelung von einfachrechtlichem zu verfassungsrechtlichem Persönlichkeitsrecht mit dem Ziel einer Ergebniskontrolle erschwert wird.

895 Auch Menschen, die mit der Flasche nicht in Sichtkontakt getreten sind, könnten sich allein durch das Wissen um die Existenz solcher Liköre abgestoßen fühlen. Solche Umweltempfindungen sind aber jenseits von Menschenwürdeverletzungen "nur" Allgemeinwohlbelange, die einen Grundrechtsbezug nicht aufweisen. Neben dem Aspekt der negativen Beeinflussung könnte es eine Rolle spielen, daß die Rezipienten auch Männer davor schützen wollen., positiv beeinflusst zu werden. Auch die Schutzpflicht des Staates für Leib und Leben der weiblichen Bevölkerung begründet aber bei den – insoweit – relativ harmlosen Zeichnungen noch nicht eine Verpflichtung zur Untersagung.

werden, die als sonstiges Recht in § 823 Abs. 1 BGB zu schützen wäre und im Wege einer Konkordierung zur Unzulässigkeit der Verpackungswerbung führt.

Jenseits dieser Grundlegung einer negativen Rezipientenfreiheit handelt es sich nach hier vertretener Ansicht um einen Fall nicht objektiv entscheidungsdeterminativen Verfassungsrechts – die Verfassung zwingt weder zur Untersagung des Vertriebs solchen Likörs noch zwingt sie zur Erlaubnis der Gestattung.

e) *Untersagung nach § 1 UWG*

Mit diesen Erwägungen wird auch deutlich, daß die Wahl der Anspruchsgrundlage – § 823 BGB oder § 1 UWG – eine unterschiedliche Bedeutung des verfassungsrechtlichen Einflusses zur Folge haben kann. Bei Fall III („Busengrapscher“) schien gerade dieser normative Hintergrund eine offen eingestandene De-zision des Gerichts zu erlauben und gerade nicht die vorgebliche, objektive Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts zu verlangen: Es handelte sich nämlich um einen wettbewerbsrechtlichen Fall. § 1 UWG verlangt einen Verstoß gegen die guten Sitten und nicht eine Verletzung des einfachgesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts, noch der Menschenwürde. § 1 UWG **kann** damit weitere Verbotstatbestände setzen als § 823 BGB.<sup>896</sup>

Anders als im Rahmen von § 823 BGB, wo das allgemeine Persönlichkeitsrecht seine Natur als Recht („sonstiges Recht“) behält, wirkt das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen des UWG als Konkretisierungselement der „guten Sitten“. Der Rückgriff auf Wertungen der Verfassung als *Bestandteil einer richterlich erkannten „Werteordnung“* kann damit innerhalb der einfachgesetzlichen Grenzen der Normkonkretisierung erfolgen.<sup>897</sup> Und insoweit hätte das Gericht auch erklären können, daß es in der Verfassung geschützte Persönlichkeitsrechte oder Rezipientenfreiheiten für **berührt hält**, und wegen der Gefahr der Nachahmung sexistische Werbung für sittenwidrig erachtet.

---

896 Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird allerdings für den Bereich der Werbung immer die Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG indizieren. So im Ergebnis unter Schilderung der unterschiedlichen Ansätze – Persönlichkeitsrecht als wertbezogene Vorschrift, die die Sittenwidrigkeit indiziert oder unter Anwendung des "Vorsprunggedankens" – St.Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbene(n), 19 , S. 244 ff. Anderer Ansicht W.Ehlers, Der persönlichkeitsrechtliche Schutz des Verbrauchers vor Werbung, WRP 1983, 187 f., weist darauf hin, daß aus der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Umworbene(n) in § 823 Abs. 1 BGB noch nicht zwingend auf das Vorliegen einer sittenwidrigen Handlung i.S. v. § 1 UWG geschlossen werden kann. Wegen dieser Wertungsdivergenz bedarf es immer einer getrennter Begründung, wie auch das Beispiel des Verkaufes einer mangelhaften Sache zeigt (§ 459 BGB), der nicht per se wettbewerbswidrig sein muß.

897 Das Verfassungsrecht kann bei dieser mittelbaren Implementation nur das *Ergebnis* richterlicher Wertung auf Verfassungskonformität überprüfen. Von dieser grundsätzlich auf das Ergebnis beschränkten, verfassungsrechtlichen Würdigung sind die Fälle zu unterscheiden, in denen ein Gericht sich auf die Verfassung für die Begründung der guten Sitten beruft – wie in Fall III – in sich aber systemwidrig argumentiert.

Auch die vom BGH selbst zugrundegelegte, grundrechtliche Verankerung der Verpackungswerbung spricht weder gegen eine wettbewerbsrechtliche Interessenabwägung noch gegen eine an das Verfassungsrecht *angelehnte* Argumentation: Soll doch dieser Etikettierung der Meinungscharakter fehlen

„...weil die Werbung erkennbar keinerlei Aussagebedürfnisse befriedigen, sondern allein der Förderung des Absatzes seiner Waren dienen soll.“<sup>898</sup>

#### f) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine Verletzung der Menschenwürde ausscheidet. Die Verletzung der

- (1) negativen Rezipientenfreiheit auf verfassungsrechtlicher Ebene wie auch die
- (2) Verletzung des einfachgesetzlichen Persönlichkeitsrechts als Indiz für einen Sittenwidrigkeitsverstoß wie
- (3) ein Verstoß gegen den Leistungswettbewerb, der gegen eine sprachlich-sexistische Diversifizierung auf dem Likörmarkt spricht,

*können* Argumente gegen eine solche Werbung sein. Aus verfassungsrechtlicher Sicht handelt es sich aber nicht um einen Fall des objektiv entscheidungsdeterminanten Verfassungsrechts. Gerade das gibt der BGH mit seinem Rückgriff auf die Menschenwürde vor. Nach dieser Beurteilung des Rezipientenschutzes *gegen den Inhalt von Sprache* soll im folgenden die wesentlich gefestigtere Rechtsprechung zum Rezipientenschutz *gegen die Form der Kommunikation* geschildert werden.

#### 11. Werbemittel- und werbeträgerabhängige Fallgruppen des Schutzes der negativen Rezipientenfreiheit

Diese werbemittel- und werbeträgerabhängige Differenzierung war in der Literatur<sup>899</sup> üblich und ist auch der Ausgangspunkt der Rechtsprechung. Sie soll im folgenden in ihren *charakteristischen, strukturellen Ausprägungen und ohne Anspruch der Erfassung sämtlicher, vorstellbarer Werbeträger- und Werbemittel*<sup>900</sup> erfolgen. Die These, die belegt werden soll, ist, daß ein *einheitliches*

---

898 BGH Urt.v. 18.5.1995, GRUR 1995, 592, 595.

899 P.Gilles, Das Recht des Direktmarketing, 1982, S. 45 ff.

900 Allgemein zum folgenden I.Scherer, Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung, 1996 und F.Ch.Hey, Direktmarketing und Persönlichkeitsschutz der Geschäftsverbindung von Bank und Kunden, 1994, S. 79 ff. Zu weiteren im Wettbewerbsrecht geprägten Fallgruppen St.Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, 1983, S. 60-75 der zusätzlich Werbung mit Laienwerbern (Werbemittel) und Werbung mit Mitleid, Angst oder Geschenken oder unter Mißbrauch von Autorität nennt. So auch die Fallgruppen bei Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 zur Belästigung (Rn. 57-207). Die Beschränkung auf die hier erfaßten Werbemittel erfolgt aus grundrechtlicher Perspektive durch ein "Unmittelbarkeitskriterium". So kann etwa der strategisch geplante Einsatz von Laienwerbern, die im Freundeskreis werben, sicher sehr belästigend sein und ein hohes Beeinflussungspotential aufweisen. Das Grundrecht eines einzelnen, von den "Freunden" das Unterlassen dieser Werbung zu verlangen wie auch das Grundrecht gegenüber dem Werbenden auf Unterlassung solcher in der Sozialsphäre mündender Werbung ist allerdings zu verneinen. Ein Grundrecht gegenüber dem Werbenden besteht nicht, weil die werbenden Freunde *selbst* darüber entscheiden, ob sie den Beworbenen mit dem Angebot konfrontieren (fehlende

*negatives Rezipientenrecht* in Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG – so man einen „meinungsfreiheitlichen“ Schutz der Werbung bejaht – der weiteren Zersplitterung dieses Rezipientenschutzes in einfachgesetzliche Interessenabwägungen, einfaches und verfassungsrechtliches Persönlichkeitsrecht, Eigentums- und Berufsfreiheit vorbeugen könnte. Von dieser Gleichung:

Recht zu werben entspricht dem Recht, mit Werbung nicht konfrontiert zu werden, wenn die Vermeidungslast unzumutbar ist und/oder eine *qualifizierte Rezipientensituation* vorliegt,

könnte man sich vielleicht auch erwarten, daß alte Streitstände überdacht werden:

Für die Literatur stellt sich immer wieder die Frage, inwieweit die Zulässigkeit der Benutzung des *einen Werbemittels* mit der Unzulässigkeit der Benutzung *eines anderen* vereinbar ist<sup>901</sup> – etwa der Vergleich der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Telefonwerbung mit der Zulässigkeit der Haustürwerbung.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist entscheidend, inwieweit die Gerichte (subjektiv) von einer Entscheidungsdeterminanz des verfassungsrechtlichen Rezipientenschutzes – bisher des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – ausgehen und wann, so sie dies nicht tun, eine solche objektiv vorläge. Grundsätzlich läßt sich ein Trend zum Rückgriff auf verfassungsrechtliche Wertungen in der (wettbewerbs- und privatrechtlichen) Entscheidungsbegründung hier nachweisen. Der Schutz einer negativen Rezipientenfreiheit nach Art. 5 GG hätte hier den „Vor- teil“, das Bündel berührter, verfassungsrechtlicher Einzelbelange zu schnüren. Dies gilt jedenfalls für die Fallgestaltungen, die sich *nicht* durch einen spezifischen Bezug zum Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuordnen lassen. Eine Voraussetzung wäre allerdings, daß bei einem Schutz von Werbung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG dieser auch auf die Modalitäten erstreckt wird, die der „Meinungäußerung“ unmittelbar vorausgehen.

Der Vertreterbesuch, der Telefonanruf oder die Kontaktaufnahme im Internet müßten als geschützte Meinungsäußerungsmodalität zu schützen sein<sup>902</sup>, die dann gegen eine *ebenfalls* in Art. 5 GG geschützte, negative Rezipientenfreiheit abzuwägen wäre.

#### **a) Unangekündigte Vertreterbesuche**

Nur im Gesetz über die Erteilung von Fernunterricht (§ 17) findet sich ein Verbot unangekündigter Vertreterbesuche. Sonst bleibt es der Rechtsprechung überlas-

---

Unmittelbarkeit des Eingriffs). Ein Anspruch gegen die Laienwerber besteht nicht, weil hier ideelle Sprache und kommerzielle Sprache in einer Beziehung so untrennbar vermischt werden, daß die negative Rezipientenfreiheit zu einer Untersagung auch ideeller Sprache führen könnte. So weit kann ein subjektiv-rechtlicher Schutz vor der Gefahr einer Entstehung einer Vermeidungslast nicht gehen.

901 J.Schade, *Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter*, 1978, S. 110 ff zum Vergleich der Haustürgeschäfte mit dem Verbot von Straßen- und Telefonwerbung.

902 Früher wurde nur der Schutz nach Art. 12 und Art. 14 GG bejaht; siehe hierzu J.Schade, a.a.O., S. 128-137 m.w.N.

sen, im Rahmen von § 1 UWG und § 823 Abs. 1 BGB<sup>903</sup> den Rezipientenschutz zu ermitteln. In dieser Fallgruppe<sup>904</sup> ist das *Rezipienten-* und das *Äquivalenzinteresse*<sup>905</sup> betroffen.

Beim Rezipienten*interesse* ist vorrangig der *Belästigungsaspekt*<sup>906</sup> einschlägig, soweit der durch Vertreterbesuche notwendige Gang zu Haustür als Belastung empfunden wird. Das *Äquivalenzinteresse* ist berührt, weil es für den Beworbenen schwieriger ist, ein Angebot von Angesicht zu Angesicht abzuwehren (positive Beeinflussung). Dieser *qualifizierten Rezipientensituation* trägt das Haustürwiderrufsgesetz durch Einräumung eines Widerrufsrechts Rechnung.<sup>907</sup>

Als Basis des verfassungsrechtlichen Beitrages zur Anwendung von § 1 UWG und § 823 Abs. 1 BGB kommen folgende Grundrechte (und Interessenabwägungen) in Betracht.

aa) Unverletzlichkeit der Wohnung (Art.13 Abs.1 GG)

Art.13 Abs.1 GG verbietet es grundsätzlich der Staatsgewalt, in die „*räumliche Individualsphäre gegen den Willen des Berechtigten einzudringen*“<sup>908</sup>.

Beim Klingeln und Klopfen an der Wohnungstür ist – ungeachtet der Drittwirkungsproblematik – der Aspekt der Unverletzlichkeit der Wohnung *noch* nicht berührt, weil in die Wohnung nicht eingedrungen wird<sup>909</sup>. Bei Verteterbesuchen an der Haustür ist Art. 13 GG damit nicht einschlägig.

bb) Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

(1) *Schutzbereich (Belästigungsaspekt)*. Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist berührt, weil beim Klingeln an der Haustür der Einzelne veranlaßt wird, die Intimsphäre der Wohnung zu öffnen.

---

903 Es hängt immer vom Kläger ab, ob etwa ein Mitbewerber oder Wettbewerbsverein nach § 1 UWG vorgeht oder – was viel seltener ist – der Beworbene nach § 823 BGB vorgeht.

904 Weitestgehende Differenzierungen beim Auftreten des Vertreters (S.164 ff) nimmt J.Schade, *Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter*, 1978, vor, wenn er zwischen "absoluten, objektiven" (etwa Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter), "relativen, objektiven" (etwa Sperrvermerke) und "relativen, subjektiven" (etwa Spezialisierung auf sozial schwache Personengruppen) Einschränkungen der Haustürwerbung abstellt und so einen Kriterienkatalog für eine Interessenabwägung im Rahmen von § 1 UWG erstellt.

905 Siehe zum Begriff 2.Kapitel III 3 b.

906 Einen Verzicht auf die Definition der Belästigung nimmt J.Schade, *Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter*, 1978, S. 3 ff.

907 § 1 Nr. 1 : "im Bereich einer Privatwohnung".

908 E.Pappermann, in: I.v.Münch/ Ph.Kunig, *Grundgesetzkommentar*, Band 1, Art.13 Rn.14.

909 So auch P.Gilles, *Das Recht des Direktmarketing; Kundenwerbung und Verträge außerhalb von Geschäftsräumen*, 1982, S. 93 ff. Ein Abstellen auf die Verletzung der Wohnsphäre ist aber dann entbehrlich, wenn beim zeitlich vorangehenden Klingeln an der Haustür ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht bejaht wird – etwa weil die Zeit und Mühe des Rezipienten beansprucht wird. Diese Einordnung wird man aber nur dann treffen können, wenn ein Sperrvermerk angebracht ist, der deutlich macht, daß Vertreter nicht erwünscht werden.

(2) **Eingriff?** Es handelt sich um keinen Zwang, weil auf das Klingeln nicht reagiert werden *muß*; damit wird erneut deutlich, daß die Fallgruppen der Vermeidungslast eine Modifizierung des Eingriffsbegriffs verlangen.

Ergänzend könnten einfache Vorrichtungen wie Türspione, Aufschluß darüber geben, wer vor der Tür steht und der Rezipient insoweit der Situation einem Vertreter gegenüber zu stehen, vorbeugen. Dies würde allerdings dazu führen, daß Kontakte mit Fremden an der Haustür weitgehend unterbleiben<sup>910</sup>; deshalb ist es zutreffend, von einer „*qualifizierten Rezipientensituation*“ auszugehen.

Die Vermeidungslast gegenüber einer *Belästigung* erscheint aber, wenn man eine Konkordierung der Rechte vonwerbenden und beworbenen vornimmt, *zumutbar*.

Zumal das Anbringen eines Schildes, „Vertreterbesuche nicht erwünscht“ selbst dieser Belästigung vorbeugen kann.<sup>911</sup>

Erst wenn empirische Ergebnisse vorlägen, daß sich der angesprochene Personenkreis daran nicht hält, und die Schutzvorrichtung also nicht effektiv ist, könnte verfassungsrechtlich ein generelles Verbot unangekündigter Vertreterbesuche gefordert sein (objektive Entscheidungsdeterminanz).

cc) Allgemeine einfachgesetzliche Interessenabwägung im Rahmen von § 1 UWG

Die BGH-Rechtsprechung rekurriert (deshalb?) bei dieser Fallgruppe nicht auf das Verfassungsrecht, sondern nimmt eine wettbewerbsrechtliche Interessenabwägung im Rahmen von § 1 UWG vor. Gegen diese Interessenabwägung werden *methodische* wie auch *materielle Argumente* geltend gemacht:

(1) **Grundsätzliche Zumutbarkeit.**<sup>912</sup> In der BGH-Rechtsprechung wird davon ausgegangen, daß die Störung der Intimsphäre der Wohnung durch Vertreterbesuche grundsätzlich zumutbar sei. Als Begründung wird eine historische Tradition angeführt, nämlich die des Reisegewerbes (§ 55 ff. GewO)<sup>913</sup>.

---

910 J.Schade, a.a.O., S. 140 nennt neu zugezogene Nachbarn, nicht bekannte Handwerker, Mitarbeiter von Ämtern ...

911 Wenn es bei Mehrfamilienhäusern, die über zu Klingelschilder verfügen, Schwierigkeiten bei der Anbringung solcher Schilder an der Haustür gibt, können sie an den entsprechenden Wohnungstüren angebracht werden. Als unrealistisch, weil nicht verbreitet, bezeichnet J.Schade, a.a.O., diesen Vorschlag (S.144). Die fehlende Verbreitung sagt aber über die Zumutbarkeit Vorkehrungen zu treffen, wenig aus.

912 BGH Urt.v.5.5.1994 NJW 1994, 2028 zur Zulässigkeit schriftlich angemeldeter Vertreterbesuche und BGH Urt.v.6.1.1993 NJW 1994, 1071 zur Unzulässigkeit eines Telefonanrufs zur Ankündigung des Vertreterbesuchs.

913 BGH Urteil v. 5.5.1994 GRUR 1994, 818 "schriftliche Voranmeldung" m.w.N.; vorsichtiger zunächst G.Krüger-Nieland, Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht, GRUR 1974, 561, 564, die zunächst Hausbesuche nur dann als rechtswidrig beanstandet, wenn diesen durch einen "Hinweis an der Wohnungstür" ausdrücklich widersprochen wird. Weitergehend allerdings in: Schwerpunkte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, WRP 1979, 1, 6 wo unerbetene Hausbesuche durch Vertreter per se als Verletzung der "Privatsphäre" gewertet werden, und angesichts der gesetzgeberischen Entscheidung in § 55 GewO ein gesetzgeberisches Handeln zum Schutz des Umworbenen

Das Zitat der Tradition verdeckt hier eine Normenkollisionslage. Kann das Privatrecht (§ 1 UWG, § 823 BGB<sup>914</sup>) etwas verbieten, was eine öffentlich-rechtliche Vorschrift explizit nach Durchführung eines Genehmigungsverfahrens gestattet? Der Reisegewerbekarteninhaber darf öffentlich-rechtlich seine Waren entweder an der Haustür oder aber an öffentlichen Straßen und Plätzen anbieten (§ 55 GewO). An der Haustür darf er nach dieser BGH-Rechtsprechung klingeln und den Beworbenen ansprechen, bei der zweiten ebenfalls von § 55 GewO gedeckten Alternative, dem *Ansprechen auf öffentlichen Straßen und Plätzen (Straßenwerbung)*, bestehen aber in der Rechtsprechung Einschränkungen.<sup>915</sup> Wenn denn das historische Argument in Verbindung mit § 55 GewO überzeugen soll, dann müsse es konsequent auf beide von § 55 GewO gestatteten Verkaufsförderungen angewandt werden; es kann damit als Begründung für die Zulässigkeit nur *einer* bestimmten Werbemethode nicht dienen.<sup>916</sup>

- (2) *Interessenabwägung.* Wenn man auf ein materielles, und nicht auf ein historisches Argument abstellt, dann stellt sich die Frage nach dem Ausmaß der Belästigung durch Ansprechen im öffentlichen Straßenraum und an der Wohnungstür.

Das Ignorieren und Weitergehen mag einfacher sein als das Zuschlagen der Tür (Vermeidungslast).

Darüber hinaus muß sich die BGH-Rechtsprechung<sup>917</sup> im Vergleich zu der Beurteilung anderer Werbemethoden den Vorwurf der Inkonsequenz entgegenhalten lassen:

---

verlangt wird. Siehe nunmehr auch BGH Urt.v.16.1.1996 WRP 1996, 426 zum Verhältnis von Telefonwerbung und Gewerberecht.

- 914 Zur Schwierigkeit der Abgrenzung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung beim bürgerlich-rechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht unter Einbeziehung der Lehre von Sozialadäquanz St.Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, 19, S. 142 ff.
- 915 G.A. Ulrich, Unlauterer Wettbewerb im Reisegewerbe, in: Festschrift für Alfred-Carl Gaedertz, 1992, S. 577, 580. Der Verweis auf BGH Urt.v.8.4.1960 GRUR 1960, 431 "Kfz-Nummernschild" überzeugt nicht, weil dort explizit eine Kollisionslage mit dem öffentlichen Recht vermieden wird, indem nicht das Ansprechen generell, sondern "nur" das Ansprechen an einem bestimmten, besonders lukrativen Ort untersagt wird.; BGH Urt.v. 4.12.1964 GRUR 1965, 315 "Werbewagen" wendet sich dagegen grundsätzlich gegen das Ansprechen von Passanten zu dem Zweck, sie in ein Ladenlokal zu bitten. Im entschiedenen Fall wurden sie in einen Werbewagen geboten; der Konflikt zwischen GewO und UWG wurde in dieser Entscheidung aber nicht angesprochen..
- 916 Diese gleichmäßige Wertung findet sich nunmehr auch im Haustürwiderrufgesetz, wenn ein Widerrufsrecht auch bejaht wird "bei überraschendem Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrswege" (§ 1 Abs. 1 Nr. 3).
- 917 BGH Urt. v. 5.5.1994 "Schriftliche Voranmeldung" NJW 1994, 2028 behandelt den Sonderfall, in dem ein Versicherungsunternehmen den Vertreterbesuch ankündigte – ohne daß vorher eine Geschäftsbeziehung bestand – und sich gleichzeitig verpflichtete, die portofreie Rücksendung einer Besuchsankündigung beigelegten Antwortkarten, mit denen der Vertreterbesuch abgelehnt werden könnte, zu beachten. Der BGH geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit sowohl des angekündigten wie auch des unangekündigten Vertreterbesuchs aus. Die Ankündigung des Vertreterbesuchs verbessere die Position des Beworbenen, weil er sich auf den Vertreterbesuch einstellen könne – selbst wenn er nicht mit einer ablehnenden Antwortkarte reagiert. Dagegen wendet U.Schomburg, Schwierige Beweisführung des Verbrauchers in der Praxis, NJW 1995, 111 f. ein, daß bei Zugangsproblemen

Die Telefonwerbung ist nämlich unzulässig, obwohl sie in ihrer Belastung dem Vertreterbesuch vergleichbar ist: Der identische Reiz (Klingeln) wird benutzt um die Kontaktaufnahme zu begünstigen; das Auflegen des Hörers erfolgt aber einfacher als das Schließen der Tür vor einem Menschen.

Das Schutzgefälle zwischen dem Rezipientenschutz bei der Straßenwerbung (siehe oben (1)) und bei (unerwünschten) Telefonanrufen auf der einen und vor dem intensiven, physischen Kontakt mit dem Vertreter vor der Wohnungstür auf der anderen Seite, begründet eine Literaturforderung nach einem grundsätzlichen Verbot von Vertreterbesuchen.<sup>918</sup> Aus verfassungsrechtlicher Perspektive könnte es sich um eine gleichheitswidrige (Art. 3 Abs. 1 GG) Gestattung der Haustürwerbung auf der einen und der Untersagung der Telefon- und Straßenwerbung auf der anderen Seite handeln.

Diese qualitative Argumentation berücksichtigt aber den quantitativen Aspekt zuwenig: Die „manpower“, die für die Akquisition im Wege des „cold callings“ (unangekündigte Telefonwerbung) erforderlich ist, ist ungleich niedriger als beim Einsatz von Vertretern. Folglich besteht beim cold calling die auch vom BGH erkannte Nachahmungsgefahr, die dazu führt, daß sehr viele Unternehmen sich an einen Rezipienten wenden, und deshalb, die Telefonwerbung *insgesamt*<sup>919</sup> belastender ist als der Vertreterbesuch.

Es handelt sich um ein auch im Immissionsrecht bekanntes Problem der Mehrheit von Emittenten, bei denen der jeweilige Ausstoß zulässig ist, die Summe der Emissionen aber schädlich ist (§ 3 Abs. 1 BImSchG).<sup>920</sup>

Bei der Haustürwerbung besteht diese Gefahr – soweit empirische Befunde vorliegen<sup>921</sup> – nicht. Es besteht damit Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht,<sup>922</sup> daß sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liegt damit nicht vor.

---

der ablehnenden Antwortkarte der Beworbene hat?? Recht durch den Besuch des Vertreters überrascht werden.

918 Ch.Paefgen EWIR 1993, § 1 UWG 4/93, 181 spricht von diffusen Argumenten hinsichtlich "historischer Gegebenheit" und "erworbener Besitzstände". Ähnlich, aber Raum für Differenzierungen lassend J.Schade, Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter, 1978, 127 und P.Gilles, Das Recht des Direktmarketing, 1982, S.95.

919 So verlangt selbst J.Schade, a.a.O., S. 145 bei einer Häufung von Vertretern in einem Gebiet, daß dann vorher die Einwilligung des Beworbenen einzuholen wäre. Er erklärt aber nicht, wie denn der einzelne Vertreter Kenntnis von der Häufung von Werbung in seinem Gebiet erlangen soll.

920 Siehe zur Gesamtbelastung H.D.Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz, München, 1995, § 3 Rdn. 36.

921 Siehe dazu die Untersuchung von J.Schade, a.a.O., S. aus dem Jahre 1978, S. 146 und S.73, der die Branchen darstellt.

922 BVerfGE 82, 60, 86.

(3) **Anforderung.** Eine Einladung des Privatmanns oder Betriebsinhabers, den Vertreterbesuch ist anfordert, ist deshalb keine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Vertreterbesuchs.<sup>923</sup>

dd) Besondere einfachgesetzliche Interessenabwägung im Rahmen von § 1 UWG: Unzulässige Vertreterbesuche für bestimmte Werbeeinhalte (positive und negative Beeinflussung)

Von der grundsätzlichen Frage, inwieweit es zumutbar ist, einen Vertreter an der Haustür abweisen zu müssen, ist die weitere Frage zu trennen, ob in bestimmten Konstellationen diese Handlungslast gegenüber einem Vertreter bestimmter Produkte unzumutbar sein kann. Die Rechtsprechung hat dies zurecht etwa bei der Grabsteinwerbung bejaht<sup>924</sup>. Ihr Motiv ist indes weniger der Schutz der negativen Rezipientenfreiheit als vielmehr der Schutz des *Äquivalenzinteresses*.<sup>925</sup>

Die durch den Todesfall schon besonders psychisch beanspruchten Angehörigen könnten durch die Anwesenheit eines Vertreters eher dazu veranlaßt werden, ein bestimmtes, finanziell suboptimales Angebot anzunehmen (*positive Beeinflussung*).<sup>926</sup> Die faktischen Besonderheiten dieser Fallgruppe lassen auch die Vermutung zu, daß die Möglichkeit des Widerrufs nach dem Haustürwiderrufsgesetz (Frist nach § 1: eine Woche) nicht wahrgenommen wird.

Die Beschränkung auf das *Äquivalenzinteresse* ist indes eine verkürzte Sichtweise – die Vermeidungslast wie auch die negative Erfahrung des „Geschäfts mit dem Tod“ (*negative Beeinflussung*) verlangen in ihrer *Kombination* nach einem Schutz der Angehörigen unter dem Aspekt des Rezipientenschutzes.

ee) Zusammenfassung: Grundsätzlicher Vorrang der Aktivität

Eine verfassungsrechtliche Entscheidungsdeterminanz ist bei dieser Fallgruppe mit der Ausnahme der werbeeinhaltspezifischen Werbeverbote (dd) – „Grabsteinwerbung“) abzulehnen. Grundsätzlich muß der Rezipient Vorsorge treffen

---

923 BGH Urt. v. 5.5.1994 "Schriftliche Voranmeldung" NJW 1994, 2028 .

924 BGH Urt. v. 1.2.1967 GRUR 1967, 430 "Grabsteinaufträge"; BGH Urt. v. 12.3.1971 "Grabsteinwerbungen II" GRUR 1971, 317 und hierzu BVerfG Beschl. v. 8.2.1972 GRUR 1972, 358.

925 Die von St.Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, 1983 ; S. 177 – 183 entwickelten Abwägungskriterien würden ebenfalls zu diesem Ergebnis führen. Er unterscheidet Abwägungskriterien, die auf den Umworbenen (Erkennbarkeit der Werbung, betroffene Verbrauchergruppe, eigenes Verhalten) und auf den Werbenden (Intensität der Einwirkung, die vom *Warenabsatz unabhängige Intention*) und auf beide (Nützlichkeit des Direktmarketing – etwa in ländlichen Bereichen) abstellen.

926 "Die kurze Zeit nach dem Todesfall noch unter der Last dieses Eindrucks stehenden Angehörigen vielfach gegenüber über geschäftlichen Dingen eine gewisse Gleichgültigkeit zeigen und durch Gefühlsaufwallungen beeinflusst, in dieser seelischen Verfassung Entschlüsse treffen, die sie nicht treffen würden, wenn sie sich nach Abklingen dieser Stimmung durch vernünftige Überlegungen leiten ließen". BGH Urt. v. 12.1967 "Grabsteinaufträge" GRUR 1967, 430 f.; ähnlich BGH Urt. v. 12.3.1971 "Grabsteinwerbungen II" GRUR 1971, 317 f. Auf die negative Beeinflussung stellt der BGH Urt.v.14.5.1992 GRUR 1992, 622 f nunmehr auch bei einem Briefwerbungs-Fall ab, der zur "Laienwerbung" auffordert.

und sich etwa durch „Sperrvermerke“ wehren. Die aktive Grundrechtsausübung genießt den Vorrang vor der passiven Rezipientenfreiheit.

Nur in den gesetzlich speziell angeordneten Fällen – Fernunterricht – wird die Passivität vorrangig geschützt. Grund ist beim Fernunterricht wie bei der Gruppe dd) die besondere produkt- und vertriebsspezifische Schutzbedürftigkeit des Betroffenen.

Wenn man sich dieser Meinung nicht anschließt, dann nähert sich die kategorische Forderung einer Vertreterwerbung<sup>927</sup> *nur nach Aufforderung* der Annahme einer parallelen negativen Rezipientenfreiheit im Rahmen der Grundrechtsgewährleistung des Werbenden.<sup>928</sup>

#### b) Briefwerbung

aa) Eigentumsschutz (Art. 14 GG) oder allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

(1) *Eigentums- und Besitzschutz (Belästigungsaspekt)*. Durch den Einwurf in den Briefkasten wird der Briefkasten teilweise durch den Absender „in Besitz genommen“.

Bei einer Flut von Werbung, die nicht rechtzeitig vom Eigentümer oder Besitzer des Briefkastens beseitigt wird, führt dies zur Funktionslosigkeit und damit zu einer Störung des Eigentums<sup>929</sup>: Der Briefkasten kann weitere Briefe nicht aufnehmen.

Die Besitz- und Eigentumsstörungsansprüche des BGB sind damit tatbestandlich gegeben. Diese Ausführungen gelten aber für jede Form von Post, die den Briefkasten erreicht. Allein die Zurverfügungstellung eines Briefkastens antizipiert damit die Störung. Eine weiteres Problem bei dieser Argumentation ist, daß sie eine Werbeflut voraussetzt und nicht den Zugang einzelner Werbebriefe erfaßt, die eine nur unwesentliche Störung verursachen könnten. Die BGH-Rechtsprechung setzt sich mit diesen Bedenken nicht kritisch auseinander, sondern *bejaht* pauschal die Existenz von Besitz- und Eigentumsstörungsansprüchen, *wenn ein sogenannter Sperrvermerk* – etwa mit der Aufschrift „Keine Werbung“ – am Briefkasten angebracht ist.<sup>930</sup>

---

927 Siehe zur Unterscheidung von Vertretern und Hausierern, die aber verfassungsrechtlich weder bei der Freiheit des Äußernden noch der des Rezipienten eine Rolle spielt J.Schade, *Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter*, 1978, S. 73 f.

928 Dies hätte für diese Fallgruppe den Vorteil, daß eine Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen bei den Rezipienten nicht erfolgen müßte, weil beide – irrespektive eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts der juristischen Personen – Grundrechtsträger *einer* negativen Rezipientenfreiheit sind.

929 Auf einfachgesetzlicher Ebene würde es sich zumindest um eine Besitzstörung handeln, die Abwehransprüche nach §§ 862, 1004 BGB begründet; siehe auch OLG Frankfurt a.M. Urt. v. 1.6.1995 NJW 1996, 934.

930 Etwa BGH Urt.v. 20.12.1988 NJW 1989, 902 f. Dazu H. Scharf, *Auswirkungen der Briefkastenwerbung in der Praxis*, WRP 1996, 393, ff, die eine Umfrage zitiert.

Schutz vor Belästigung wird damit nach der BGH-Rechtsprechung durch diese einfachgesetzlichen Abwehransprüche gewährt.<sup>931</sup>

Als Ersatz für den Sperrvermerk gibt es auch die Möglichkeit, sich durch eine Eintragung in die vom allgemeinen *Direktwerbe- und Direktmarketingverband e. V.* in Wiesbaden geführte Liste – die sog. „Robinson“-Liste – eintragen zu lassen, und damit darauf hinzuweisen, daß man keine Werbung empfangen möchte.<sup>932</sup>

- (2) *Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Beeinflussung)*. Soweit es dagegen um Schutz vor (positiver oder negativer) Beeinflussung durch Werbung geht, soll nach der Auffassung des BGH das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorrangige Abwehrgrundlage sein.

„Der Wille des Bürgers, insoweit seinen Lebensbereich *von jedem Zwang zur Auseinandersetzung* mit Werbung nach Möglichkeit freizuhalten, ist als Ausfluß seines personalen Selbstbestimmungsrechts schutzwürdig.“<sup>933</sup>

Eine Verletzung des *allgemeinen Persönlichkeitsrechts* liegt beim Briefkasten, der sich oft auch in räumlicher Entfernung zur Wohnung befindet, wohl nicht vor. Bei der Briefwerbung spielt deshalb der Beeinflussungsaspekt keine Rolle.<sup>934</sup>

- (3) *Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Belästigung)*. Eine Berührung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegt aber dann vor, wenn man auf einen *weiteren Sachverhalt*, nämlich die Handlungslast des Briefkasteninhabers abstellt, der den Werbebrief als solche erkennen und gegebenenfalls in den Papierkorb befördern und dann weiter entsorgen muß. Es handelt sich hier um die Inanspruchnahme von *Lebenszeit* des „passiven“ Grundrechtsträgers durch einen „aktiven“. Die Inanspruchnahme von Lebenszeit allein kann per se keinen Eingriff in den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts darstellen, weil ein Miteinander von Menschen ohne wechselseitige Beeinflussung nicht möglich ist. Die Zeit und Mühen, die Reflexion und „Gegenreflexion“ verlangen, können als Wesenselement einer bürgerlichen, *privaten* Gesellschaft nicht Gegenstand wechselseitiger Eingriffs- und Abwehrrechte sein und auch nicht werden. Allein die Tatsache, daß der potentielle Verletzter mehr finanzielle Mittel einsetzen kann als der Beworbene rechtfertigt nicht die Annahme einer Verletzung der „allgemeinen Persönlichkeit“ des Rezipienten.

---

931 Anderer Ansicht C.Schmitz, Grundrechtskollisionen zwischen politischen Parteien und Bürgern, 1995, S.44: Das Eigentumsrecht sei nicht berührt, da das Besitzrecht nicht als Vermögensbestandteil vorrangig betroffen sei.

932 W. Alt, Rechtliche Probleme der Briefkastenwerbung, WRP 1985, 319. Wirkung hat diese Eintragung aber nur gegenüber den angeschlossenen Unternehmen.

933 BGH Urt.v. 20.12.1988 NJW 1989, 902 f.

934 BGH Urt.v.14.5.1992 GRUR 1992, 622 f "Verdeckte Laienwerbung".

bb) Parallele negative Rezipientenfreiheit (Art. 5 GG) – Inanspruchnahme von Lebenszeit

Hier zeigt sich, daß die Beiordnung einer negativen Rezipientenfreiheit, die dann zur Konkordierung mit der Werbefreiheit führt, der dogmatisch überzeugende Weg für die Berücksichtigung von Rezipientenbelangen ist. Angesichts der Möglichkeit, durch Sperrvermerke dieser Inanspruchnahme vorzubeugen, ist aber der von der Rechtsprechung gewählte Vorrang der Aktivität über die Passivität gerechtfertigt:

Die Handlungslast wird von der Rechtsprechung als nicht allzuschwer bewertet: eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird *nur* dann bejaht, wenn der Beworbene ein Verbot, Werbung in seinen Briefkasten zu werfen, erläßt.<sup>935</sup>

Die Briefwerbung ist damit wiederum ein Anwendungsfall *des Vorrangs der Aktivität gegenüber der Passivität*, weil die Vermeidungslast dem Rezipienten aufgebürdet wird. Dies ist verfassungsrechtlich zulässig, weil die Handlungslast zwar vielleicht nicht gering ist – Entsorgung<sup>936</sup> – der Vermeidungslast aber durch zumutbare Vorbeugehandlungen effektiv ausgewichen werden kann – im Unterschied etwa zum Außenwerbungsfall II a („Tote Herzen“).

cc) Direct mailing als Umgehung des Sperrvermerks

Werbung gelangt in den Briefkasten nicht nur als Postwurfsendung<sup>937</sup>, also *nicht individuell adressiert*, sondern öfter durch persönlich adressierte, oft als Drucksä-

935 OLG Frankfurt Urteil v. 18.5.1988 NJW 1988, 854 f. "Nach allem kann der Kläger im Hinblick auf sein Persönlichkeitsrecht und sein Eigentums- und Besitzrechte am Briefkasten verlangen, daß sein Verbot, Werbung in seinen Briefkasten zu werfen, respektiert wird".

936 Anderer Meinung BGH Urt.v.14.5.1992 GRUR 1992, 622 f "Verdeckte Laienwerbung", der diese Belästigung des "ohne weiteres wegwerfen Könnens" als unerheblich ansieht. Dies trifft aber nicht zu, weil der Brief vorher geöffnet werden muß, um den Inhalt festzustellen. Es ist – angesichts des drucktechnischen Fortschritts – keinesfalls so, daß die Aufmachung eines Briefes bereits für die abschließende Qualifizierung als "Werbung" ausreicht.

937 Bei Postwurfsendungen handelt es sich *nicht* um persönlich adressierte Briefe, sondern um anonyme Werbebriefe, die von der Post in Briefkästen eingeworfen werden. Eine besondere Erwähnung im Vergleich zur sonstigen Briefwerbung verlangt dieses Werbemittel nur deshalb, weil *nach der Rechtslage vor 1991* ein Abwehranspruch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgeschlossen war. Vor der Änderung der bis zum 28.02.1991 geltenden Ausführungsbestimmungen der Bundespost zu § 59 Abs.2 Nr.1 PostO war es nicht möglich, generell eine bestimmte Sendungsart – Postwurfsendungen – von der Zustellung durch Sperrvermerk auszuschließen. Die erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung war unterschiedlicher Meinung (vgl. VG Stuttgart, NJW 1989, 1050; VGH Mannheim, NJW 1990, S. 2145). OLG Stuttgart Urt. v. 6.2.1991 NJW 1991, 2912 und LG Kassel Urt. v. 6.2.1991 NJW 1991, 2912 lehnen einen Unterlassungsanspruch ab, offengelassen wurde die Entscheidung der Frage auch von BVerwG Urt. v. 1.8.1991 NJW 1991, 2920 im Rahmen einer Kostenentscheidung nach § 161 Abs. 2 VwGO. Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 05.12.1991, NJW 1992, S. 1109f) hat in einem Verfahren, das ein Verbraucherschutzverband gegen ein Lotterieuunternehmen anstrebte, entschieden, daß es nicht sittenwidrig im Sinne von § 1 UWG sei, wenn ein Unternehmen sich der Deutschen Bundespost zur Verteilung von Postwurfsendungen bediene, obwohl es wisse, daß die Bundespost Sperrvermerke nicht respektiere (anders die Entscheidung der Vorinstanz, des Kammerger-

che verschickte „direct mail“, die – im Unterschied zur eingangs behandelten (individuellen) Briefwerbung – an eine große Summe von Adressaten gerichtet werden.<sup>938</sup>

Der Postzusteller kann hier nicht ohne weiteres erkennen, ob es sich um eine Werbesendung handelt – das geringere Porto mag bei Massendrucksachen einen Anhaltspunkt geben.

Der BGH hat es in einer älteren Entscheidung als sittenwidrig bezeichnet, wenn Werbesendungen in der äußeren Aufmachung eines persönlichen Anschreibens versendet werden, und damit die Wirkung des Sperrvermerks umgangen werden soll.<sup>939</sup>

Die *Gefahr* der Umgehung des Sperrvermerks könnte man durch eine *Kennzeichnungspflicht* von direct mailings mit dem Aufdruck „Werbung“ beseitigen.

Die Kennzeichnungspflicht könnte das Ergebnis der Konkordierung von Meinungsfreiheit und (paralleler) Rezipientenfreiheit bei § 1 UWG sein. Diese Kennzeichnungspflicht für Werbung, die die Chance des Kontakts zum Rezipienten vermindert, bestand bereits im BTX-Staatsvertragsrecht (§ 8 Abs. 1<sup>940</sup>) und nunmehr auch im Staatsvertrag über Mediendienste (§ 9 Abs. 2<sup>941</sup>).

Durch eine solche Kennzeichnungspflicht<sup>942</sup> müßte Werbung sich zu dem bekennen, was sie ist; so könnte man eine *Einschränkung* der Aktivität ablehnen. Die *Chance, mehr* Rezipienten zu gewinnen, indem der Werbecharakter nicht bereits

---

rechts Berlin, Urteil vom 05.12.1989, NJW 1990, S. 2142). Vgl. auch M. Kaiser, Briefkastenwerbung durch Postwurfsendungen trotz Sperrvermerks, NJW 1991, S. 2870 (2873), der darauf hinweist, daß nunmehr bei Nichtbeachtung des Sperrvermerks eine Unterlassungsklage wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zulässig ist.

938 Bedeutsam ist die Tatsache, daß es sich um massenhaft verschickte "mail" handelt, dann, wenn der Beworbene seinen Widerspruch direkt beim Werbenden einlegt. Nach einem älteren BGH Judikat kommt es darauf an, ob das Aussortieren der Adresse des Widersprechenden dem Werbenden zumutbar ist. Dies wird man inzwischen angesichts der modernen Datenbanksysteme bejahen können. BGH Urteil v. 16.2.1973 "Briefwerbung" GRUR 1973, 552 f; BGH Urt.v.14.5.1992 GRUR 1992, 622 f "Verdeckte Laienwerbung".

939 BGH Urteil v. 16.2.1973 "Briefwerbung" GRUR 1973, 552 f; BGH Urt.v.14.5.1992 GRUR 1992, 622 f "Verdeckte Laienwerbung"; I.Scherer, a.a.O., 1996, S. 82 ff; OLG Hamburg, Urt.v.26.1.1989 NJW-RR 1989, 873 zum Widerspruch gegen Directmailing.

940 Der Bildschirmstaatsvertrag war in Art. 6 des Staatsvertrages über den Rundfunk im vereinten Deutschland v. 31.8.1991, BayGVBl. 1991, 452, 479 ff. enthalten. "§ 8 Werbung und Angebotszuordnung: (1) In über Bildschirmtext angebotenen Registern oder Inhaltsübersichten müssen Anbieterbezeichnungen, Sachgebiete und Stichworte durch den Buchstaben "W" gekennzeichnet werden, wenn sie ausschließlich zu Angebotsseiten führen, die allein wirtschaftlichen Werbezwecken dienen. (2) Führt eine Angebotsseite zu einer anderen Angebotsseite, die allein oder überwiegend wirtschaftlichen Werbezwecken dient, so ist der weiterführende Hinweis durch den Buchstaben "W" zu kennzeichnen. (3) Enthält eine Angebotsseite teilweise Inhalte, die wirtschaftlichen Werbezwecken dienen, sind diese Inhalte von den übrigen deutlich zu trennen und mit dem Buchstaben "W" zu kennzeichnen. (4) In Registern oder Inhaltsübersichten nach Absatz 1 dürfen einem Sachgebiet oder Stichwort nur solche Angebotsseiten zugeordnet werden, die in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang damit stehen".

941 Staatsvertrag über Mediendienste etwa GVBl Berlin, 1998, 361.

942 Das verlangt auch J.Fenchel, a.a.O., 1997, S. 183 ff mit seinem Ansatz der Informationsklarheit.

auf dem Briefumschlag offengelegt wird, ist indes nicht auszuschließen. Bei einer solchen Kennzeichnungspflicht, die sowohl Ergebnis einer *wettbewerbsrechtlichen Interessenabwägung* als auch einer *Heranziehung verfassungsrechtlicher Wertungen* im Rahmen von § 1 UWG sein könnte, handelte es sich deshalb um eine, wenn auch zuerst formale *Einschränkung der Aktivität zugunsten der Passivität*. *Verfassungsrechtlich gefordert ist sie* (auch im Rahmen von § 823 BGB) nach hier vertretener Ansicht *nur dann, wenn man eine parallele negative Rezipientenfreiheit*<sup>943</sup> annimmt.

Die Kosten eines Hinweises in bestimmter Größe auf dem Briefumschlag sind dem Werbenden zumutbar; die Erhöhung der Orientierungsgewißheit des Rezipienten, der den Absender mit dem klaren Hinweis „Werbung“ in Verbindung bringen kann, und so eine Auswahl der zu öffnenden Briefwerbung treffen kann, ist verfassungsrechtlich gefordert.

### c) Telefonwerbung

#### aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht oder Interessenabwägung

Bei der Briefwerbung werden in der Rechtsprechung die Unterlassungsansprüche auf die Verletzung *des Eigentumsrechts, des Besitzrechts und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gestützt*, wenn ein „Sperrvermerk“ vorliegt.

Bei der Telefonwerbung führt die Prüfung eines Eingriffs in das Eigentumsrecht und das Besitzrecht nicht weiter, weil Eigentum und Besitz an Hausleitung<sup>944</sup> und Telefonapparat durch Anrufe (nicht erheblich) berührt werden.

Entscheidend kommt es darauf an, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht die *Unterlassung eines nicht vorher konsentierten Anrufs* verlangen kann.

Anders als beim unbestellten Vertreterbesuch<sup>945</sup> oder bei der Briefwerbung sind nicht die bürgerlich-rechtlichen Anspruchsgrundlagen der §§ 823, 1004 BGB in der Rechtsprechung extensiv behandelt, sondern § 1 UWG. Hinter diesem rechtsstatsächlichen Befund verbirgt sich das große Interesse der Unternehmen an Telefonwerbung und auch ihre Einschätzung des ökonomisch interessanten Wirkungsgrades dieses Werbeträgers.

Der BGH<sup>946</sup> hat bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit des Telemarketing auf den Verstoß gegen das

„Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise, d. h. des redlichen und verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden des betreffenden Gewerbebezweiges“,

abgestellt. Es handelt sich also um eine Begründungsform, in der der BGH (ursprünglich<sup>947</sup>) *nicht von der Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts*

943 Im Ergebnis so St.Freund, a.a.O., S. 239 unter Berufung auf das bürgerlich-rechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht.

944 Im Eigentum der Telekom AG.

945 BGHZ 54, 188, 193 stellt ausdrücklich darauf ab, daß Telefonwerbung zwar unzulässig sei, ohne angemeldete Vertreterbesuche aber wegen der insoweit "historischen Gegebenheiten... den Schutz des erworbenen Besitzstandes rechtfertigen".

946 BGHZ 54, 188, 190 "Telefonwerbung I".

*ausgeht, sondern eine einfachgesetzliche Wertung im Rahmen von § 1 UWG vornimmt.* Demzufolge hat sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Unterscheidung zwischen Telefonwerbung mit privaten Endabnehmern und Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden herausgebildet.

bb) Private (Endabnehmer): Vorrang der Passivität

(1) **Qualifizierte Rezipientensituation.** Gegenüber privaten Endabnehmern soll die Telefonwerbung grundsätzlich unzulässig sein, wenn der Angerufene nicht vorher ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis erklärt hat<sup>948</sup>. Der BGH ordnet die nicht konsentierende“ Telefonwerbung der „Individualsphäre“<sup>949</sup> und stellt nun nicht mehr nur auf das Anstandsgefühl der Durchschnittsgewerbetreibenden ab, sondern auf die „Allgemeinheit, die Verbraucher eingeschlossen“<sup>950</sup>.

Einen weiteren Schritt macht der BGH, wenn er in den späteren Entscheidungen ausführt, der

„*verfassungsmäßige* Schutz“ der Individualsphäre<sup>951</sup> verlange, daß Telefonwerbung *nur* dann erfolgt, wenn ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis des Beworbenen vorliegt.

Anders als bei der Vertreterbesuchen, wo ein Blick durch den Türspion Klarheit verschaffen könnte, ist bei der Benutzung des Telefons als Werbemittel

„nicht erkennbar, wer anruft; der Anschlußinhaber ist daher genötigt, das Gespräch anzunehmen, da er sich um für ihn wichtige Anrufe handeln kann. Auch mit der Annahme des Gesprächs bleibt zunächst die Ungewißheit über den Anrufer und den Zweck des Anrufs bestehen; so wie die Nennung des Namens des Anrufenden bei den Angerufenen in der Regel zunächst den Gedanken wachrufen, der Anrufende sei ein Bekannter und habe etwas den Angerufenen Berührendes zu sagen; ...“<sup>952</sup>.

Maßgebend für die Ablehnung von Telefonanrufen ist damit der **Belästigungsaspekt**. In der hier zugrundegelegten Terminologie wäre mit dieser Begründung auch eine qualifizierte Rezipientensituation gegeben.

(2) (**Grundrechtsverzicht durch**) **Einwilligung.** Ausdrückliche Einverständnisse haben die Rechtsprechung als unproblematische Fälle nicht beschäftigt; im-

---

947 BGH Urteil v. 8.6.1989 "Telefonwerbung II" NJW 1989, 2820 nimmt eine Verletzung der Privatsphäre an; BGH Urteil v. 8.12.1994 "Telefonwerbung V" GRUR 1995, 220 nimmt eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Individualsphäre an.

948 BGH, Urteil vom 08.11.1989, NJW-RR 1990, S. 359f.

949 Nach der hier zugrundegelegten Terminologie handelt es sich um die Privatsphäre.

950 NJW-RR 1990, S. 359.

951 BGH Urteil v. 8.6.1989 "Telefonwerbung II" NJW 1989, 2820 nimmt eine Verletzung der Privatsphäre an; BGH Urteil v. 8.12.1994 "Telefonwerbung V" GRUR 1995, 220 nimmt eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Individualsphäre an. Nach der hier zugrundegelegten Terminologie handelt es sich um die "Intimsphäre":

952 BGHZ 54, 188,191.

mer wieder strittig war die Einzelfallfrage, ob ein vermutetes Einverständnis vorlag.

**Bestehende geschäftliche Beziehungen** zwischen Werber und Beworbenen sollen dabei weder die Notwendigkeit eines mindestens konkludenten Einverständnisses ersetzen<sup>953</sup> noch sind sie Indiz für eine konkludente Einwilligung<sup>954</sup>. Auch in der schriftlichen Bitte um Übersendung von Informationsmaterial liegt ein solches Einverständnis mit Telefonwerbung in der Regel nicht.<sup>955</sup>

cc) „Gewerbetreibende“: Vorrang der Aktivität?

Die Einwilligungslösung vertritt der BGH auch bei der Beurteilung der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden<sup>956</sup>. Der BGH wehrt sich aber gegen eine **generalisierende** Betrachtung dergestalt, daß das vermutete Einverständnis dann vorläge, wenn ein Sachbezug zum Geschäft des Anrufenden und ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund, telefonisch statt schriftlich zu werben, zu bejahen wäre. Der BGH setzt statt dessen auf eine differenzierende Einzelfallabwägung, bei der maßgeblich sein können:

- (1) Das Bestehen einer Geschäftsverbindung. Dies mag gerade für neue Produkte, die außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung angeboten werden, eine Diskriminierung bedeuten. Auf der anderen Seite kann es auch zumutbar sein, sich durch Briefwerbung gegenüber dem prospektiven Geschäftspartner zu empfehlen.
- (2) Wenn die Telefonwerbung den eigentlichen Geschäftsgegenstand des Angerufenen betrifft **und** der Anrufende davon ausgehen kann, daß der Anzurufende den Anruf erwartet oder ihm jedenfalls positiv gegenübersteht. Eine solche positive Einstellung liegt etwa dann vor, wenn dem Werbenden bekannt ist, daß der Anzurufende eine bestimmte Ware benötigt oder voraussichtlich benötigen wird.<sup>957</sup>

Demgegenüber will eine Ansicht, die auf mehr „Rechtssicherheit“ im Rahmen von § 1 UWG dringt, dem Konzept einer „**limitierten Generaleinwilligung**“ bei

---

953 BGH Urteil v. 8.6.1988 "Telefonwerbung II" NJW 1989 2820, wo eine Weinkellerei sich an einem Kunden telefonisch wandte, der zwei Jahre zuvor bei ihr bereits Wein bestellt hatte.

954 BGH Urteil v. 8.2.1994 "Telefonwerbung V" GRUR 1995, 220 f. für eine Telefonwerbung einer Versicherung, die bereits ein Familienmitglied versichert hatte und nun für ein weiteres Familienmitglied Versicherungsschutz anbieten wollte. Die Angabe der Telefonnummern in den Versicherungsunterlagen beinhaltet keine konkludente Einwilligung mit einer Telefonwerbung für neue Vertragsverhältnisse.

955 BGH Urteil v. 8.11.1989 "Telefonwerbung III" NJW-RR 1990, 359 f.; OLG Köln Urteil v. 4.12.1992 GRUR 1993, 562 f.; OLG Stuttgart Urteil v. 25.5.1990 NJW-RR 1990, 1135 f.

956 BGHZ 113, 282, 284 f. Der Begriff der Gewerbetreibenden muß hier untechnisch als "Nicht-Private" aufgefaßt werden. Die Trennungproblematik zwischen privatem und geschäftlichem Bedarf ist evident. Allgemein für eine liberale Handhabung G.Schricker, Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Telefonwerbung, GRUR 1998, 541, 554.

957 A.Zöller, Telefonwerbung ist nicht grundsätzlich unzulässig, GRUR 1992, S. 297 (299). Etwas anderes gilt, wenn der "Unternehmer" für seinen privaten Bedarf angesprochen wird; hier ist er wie der private Endabnehmer zu behandeln (St.Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, S. 244).

Gewerbetreibenden den Vorzug geben.<sup>958</sup> Die Relation von Attraktivität des Werbeinhalts zur Belästigung des Angerufenen soll entscheiden, ob Telefonwerbung zulässig ist. Es handelt sich dabei um einen Anhänger einer parallelen negativen Rezipientenfreiheit, der vom Werbenden die objektivierte Beurteilung der Attraktivität des eigenen Kommunikationsinhalts wie auch der Belästigung des Rezipienten verlangt. *Der Schutz von Rezipienteninteressen wird so zur Voraussetzung der Werbung, und damit auch einer Meinungsäußerung.*

dd) Fehlende Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts

Vielleicht ist die Abwägung kollidierender Individualrechtspositionen – Werbe-recht auf der einen, allgemeines Persönlichkeitsrecht auf der anderen Seite – eine von § 1 UWG und Art. 5 GG *nicht* erzwungene Verengung der Abwägung der berührten Belange. Vielleicht ist die Telefonwerbung als Form des Direktmarketings umweltfreundlicher als Vertreterbesuche mit dem PKW – die nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich zulässig sind – oder die Briefwerbung<sup>959</sup>. Die Staatszielbestimmung des Schutzes natürlicher Lebensgrundlagen (Art. 20 a GG) könnte insoweit zu einer Veränderung der Gewichtung der Interessen führen. Zudem kann Telefonwerbung bei „richtiger Auswahl der Adressaten“<sup>960</sup> als Form des Dialogs kommunikativ effektiver sein als andere Werbeformen.

Diese Überlegungen zu verfassungsrechtlichen Werten als Grundlage der Interessenabwägung sind inzwischen durch das Gemeinschaftsrecht obsolet geworden. Eine „Fernabsatzrichtlinie“ verlangt, bei der Kommunikation mit Automaten (Voice-Mail-System) und Fernkopien (Telefax) die vorherige Zustimmung des Rezipienten und bei „Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben“, daß sie nur dann verwendet werden, wenn der „Verbraucher ihre Verwendung *nicht offenkundig* ablehnt.“<sup>961</sup> Zumindest bei diesem *Mindeststandard* hat sich im Ergebnis damit die Diskussion um die Interessenabwägung und den Einfluß des Verfassungsrechts durch den Vorrang des Gemeinschaftsrechts erledigt.

---

958 Th.Ch.Paefgen, Telefonwerbung im Brennspeigel der Justiz, Archiv für Post und Telekommunikation, 1992, S. 12, 35: "Anknüpfungsmoment für die Annahme eines Einverständnisses mit der gewerblichen Telefonwerbung ist...die Korrespondenz des (einerseits zeitsparenden, andererseits aber kostenerhöhenden) Erklärungsmittels mit dem nutzensteigernden, weil das Unternehmensrisiko verkleinernden Erklärungsinhalt". Ähnlich B.Steckler, Die wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeitskriterien bei Verwendung teletechnischer Kommunikationsmedien im Direktmarketing, GRUR 1993, 865, 869.

959 Auf diesen Aspekt macht zu Recht aufmerksam A.Zöller, Telefonwerbung ist nicht grundsätzlich unzulässig, GRUR, 1992, S. 297, 300.

960 A.Zöller, S. 300.

961 Art. 10 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ABl. Nr. L 144/19.

#### d) Telefaxwerbung

##### aa) Faktischer Unterschied: die Abwälzung von Werbekosten auf den Beworbenen

Auf den ersten Blick scheint die Telefaxwerbung eine Mischung von Brief- und Telefonwerbung zu sein; sie bedient sich als Mittel der Telefonleitung auf der einen, und führt zur schriftlichen Fixierung der Werbung auf der anderen Seite. Aus der Sicht des Beworbenen sind im Vergleich zu Brief- und Telefonwerbung folgende Besonderheiten festzustellen:

- Das Telefaxgerät, das für nicht konsentrierte Werbung benutzt wird, steht anderen Kommunikationspartnern nicht zur Verfügung. Hier schließt die Mitteilung der Werbung – für die Dauer der Mitteilung – die Inanspruchnahme für einen anderen Kommunikationsempfänger aus. Im Unterschied zur Telefonwerbung wird die Dauer dieses Ausschlusses *allein* vom Werbenden bestimmt.
- Das Besondere an der Telefaxwerbung gegenüber sonstigen Werbeformen ist, daß der überwiegende Kostenanteil vom Werbenden auf den Beworbenen verlagert wird. So solle es den Beworbenen ca. 6 Pfennig pro Seite kosten, wenn ihm Werbematerial per Telefax übersandt wird<sup>962</sup>. Hinzu kommen Strom- und Wartungskosten.
- Die Anbringung eines Sperrvermerks ist bei Telefaxgeräten nicht möglich.
- Die Nachahmungsgefahr ist groß<sup>963</sup>. Die Plausibilität dieser Befürchtung wird insbesondere durch die Möglichkeit, Telefaxwerbung computergesteuert zu übermitteln, erhöht. Die computergesteuerte Versendung von Telefaxen ermöglicht den Einsatz des Telefaxes als Massen-Direktwerbungsmittel; die zahlenmäßige Beschränkung durch Arbeitskräfte, die On-Line präsent sein müssen, liegt hier *nicht* vor<sup>964</sup>. Diese Möglichkeiten stellen die Frage nach der Differenzierung: sollen individuell versandte und adressierte Telefaxwerbungen eher zulässig sein als Telefaxe, die im Rahmen von Massenwerbekampagnen versandt werden?<sup>965</sup>

##### bb) Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Von der Rechtsprechung wird unter Berufung auf eine BGH-Entscheidung zur Telexwerbung *auf eine Prüfung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts* verzichtet.<sup>966</sup> Der BGH nannte damals zwei Gründe *für die fehlende Berührung des*

---

962 LG Hamburg Urte. v. 10.8.1988 CR 1989, 1099 "Übersetzungsdienst" mit Anm. H. Deichfuß.

963 BGHZE 54, 188,292 "Es ist weiter zu berücksichtigen, daß eine Werbemethode auch dann unlauter ist, wenn sie den Keim zu einem immer weiteren um sich greifen in sich trägt und damit zu einer Verwilderung der Wettbewerbssitten führt, weil die Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen gezwungen werden, diese Wettbewerbsmethode nachzuahmen". Siehe auch KG Berlin Urteil v. 17.3.1992 "Telefax-Werbung" WRP 1992, 652 f.

964 So auch OLG Hamm, Urteil vom 17.05.1990, NJW-RR 1990, 1324.

965 LG Hamburg Urte. v. 10.8.1988 CR 1989, 1099 "Übersetzungsdienst" mit Anm. H. Deichfuß. Das Besondere an dem Sachverhalt ist, daß es sich um ein individuelles Werbeschreiben handelt, und nicht eine an einer Vielzahl von Empfängern unterschiedslos gerichtete Werbenachricht. Dennoch kann der Anmerkung von L.Jaeger, CR 1994, 154 f nicht zugestimmt werden, daß eine solche individuelle Werbung mittels Telefax zulässig sei. Die Form der Benutzung des Telefaxes durch den Werbenden läßt keine grundsätzlichen Rückschlüsse auf die Belästigung beim Beworbenen zu. Bei Werbung außerhalb angebahnter Geschäftsbeziehungen ist deshalb grundsätzlich eine Zulässigkeit der Benutzung des Telefax zu verneinen

966 OLG München Beschl. v. 8.2.1993 CR 1994, 153. Früher bereits mit ähnlichen Argumenten zur Telexwerbung BGHZE 59, 317, 319 f., wo der BGH auch betont, daß bei der Te-

**allgemeinen Persönlichkeitsrechts:** Zum einen fehle es an einem unmittelbaren Kontakt von Werbenden zum Adressaten wie bei der Telefonwerbung und zum anderen seien Telexgeräte vor allem im geschäftlichen Verkehr verbreitet.<sup>967</sup> Beide Argumente überzeugen (heute) nicht:

- Die **Belästigung**, die von Telefaxwerbung ausgeht, ist unabhängig vom persönlichen Kontakt von Werbenden und Beworbenen. Die Zeit im Leben eines Menschen und die Mühe, die mit der Entfernung des Faxes aus der Maschine wie auch der Prüfung, daß es sich um Werbung handelt, vergeht, reicht aus, um einen Bezug zur Rezipientenfreiheit (*Privatsphäre*) zu bejahen. Umsomehr als Sperrvermerke nicht möglich sind.
- Die Verbreitung von Telefax auch in privaten Haushalten kann als nicht so unerheblich angesehen werden; selbst wenn man dem folgen wollte, berührt dies die Verletzung der Privatsphäre des einzelnen, betroffenen Haushalts nicht.
- Aus einem dritten Grund ist gegen diese Rechtsprechung der Einwand der Inkonsequenz zu erheben. Bejaht der BGH bei der Briefwerbung doch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, obwohl auch dort der persönliche Kontakt von Werbenden und Adressaten fehlt. Die Telefaxwerbung hat nach hier vertretener Meinung deshalb wie die Telefon- und Briefwerbung **auch** Bezug zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

cc) Eingriff in das Eigentumsrecht und den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb?

Die Rechtsprechung qualifiziert die Telefaxwerbung wegen der Gefahr der Weiterverbreitung dieser für den Werbenden äußerst kostengünstigen und „effektiven“ Werbemethode als sittenwidrig nach § 1 UWG.

Das OLG München hat in einer Entscheidung auf § 823 Abs. 1 BGB abgestellt und hat die Telefaxwerbung als Eingriff in das Eigentum – und bei Telefaxwerbung gegenüber Gewerbetreibenden – als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb qualifiziert.<sup>968</sup> Eine Rekurs auf das verfassungsrechtliche Eigentumsrecht ist bisher nicht erfolgt; die Überwälzung von Kosten und die Blockierung des Geräts führt aber dazu, daß sowohl ein Eingriff in das Eigentum (Art. 14 GG) als auch ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt.

Grundsätzlich muß deshalb – vergleichbar der Telefonwerbung – von der Unzulässigkeit des Einsatzes des Telefaxes<sup>969</sup> ausgegangen werden. Die „Fernabsatzrichtlinie“, die jedenfalls aus der mitgliedstaatlichen Perspektive durch eine „Rechtssetzung“ in § 1 UWG umgesetzt werden kann, verlangt, bei Fernkopien (Telefax) die vorherige Zustimmung des Rezipienten.<sup>970</sup>

---

lexwerbung – anders als bei der Telefonwerbung – der Bezug zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht fehlt

967 BGHZ 59, 317, 319 f.

968 OLG München Beschl. v. 8.2.1993 CR 1994, 153.

969 So auch KG Berlin, Urt. v. 17.03.1992 WRP 1992, S. 652f und M.Unger/M.Sell, Unlautere Telefaxwerbung, GRUR, 1993, S. 24, 26.

970 Art. 10 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ABl. Nr. L 144/19.

#### dd) Vorrang der Passivität

Zusammenfassend ist die Telefaxwerbung sowohl im privaten als auch im geschäftlichen Verkehr diejenige, die wegen der Kostenüberwälzung am deutlichsten auch als verfassungswidrige Belästigung zu qualifizieren ist. Diesem klaren Ergebnis steht die Argumentationsweise der Gerichte nicht entgegen, die gerade in dieser Fallgruppe **nicht** mit verfassungsrechtlichen Begründungen arbeiten und sich auf die faktische Plausibilität ihrer Entscheidungen und einfachgesetzliche Wertungen (Schutz des Eigentums und Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) und Interessenabwägungen verlassen.

#### e) Werbung in Netzwerken

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten, wie Werbung betrieben werden kann.

- (1) **eMails.** Die eine Möglichkeit ist der Zugriff auf die „Briefkästen“ einzelner (e(lectronic)- mail)<sup>971</sup>, mit der Folge, daß die Briefkasteninhaber die Werbebotschaften von sonstigen Botschaften **trennen, markieren und löschen** müssen.
- (2) **Foren.** Der zweite Weg wie Werbung in Netzwerken betrieben werden könnte, ist das Einbringen von Werbenachrichten in Gesprächsforen. Unter Foren sind Gesprächsrunden (z.T. On-Line, also mit Partnern, die am Terminal sitzen) zu verstehen, in denen sich Interessierte sich über bestimmte Themen austauschen. Hier wird durch das Eingeben von Werbebotschaften vorrangig der Gesprächsfluß gestört und bei Hartnäckigkeit des Werbenden das Ausweichen auf andere Foren abverlangt.

#### aa) Werbung per Briefkasten (e-mail)

Ein dokumentiertes Beispiel ist die Werbung zweier Anwälte aus Scottsdale, Arizona, die 5500 Foren des World Wide Web mit Werbung für Ihre Kanzlei<sup>972</sup> „bereicherten“. Die Revanche der Internetgemeinde bestand in der Überflutung der e-mail (Briefkasten) der Kanzlei mit Tausenden von „Revanche-mails“ pro Tag, die dazu führten, daß die Anwaltskanzlei vom Netz getrennt wurde.

- (1) **Eigentum (Art. 14 GG).** Der Briefkasten ist virtuell; dennoch wird man bejahen können, daß Eigentumsinteressen an einem solchen virtuellen Briefkasten bestehen können. Es handelt sich nicht um eine Sache, aber um eine nicht einseitig entziehbare, vermögenswerte Position im Netzwerk.<sup>973</sup> Die Aufnahmekapazität eines solchen Briefkasten ist grundsätzlich sehr groß, so daß eine Verletzung des Eigentumsrechts sehr unwahrscheinlich erscheint. Das Landgericht Berlin hat – in Entsprechung zur Telefaxwerbung – die Überbürdung von Telefongebühren gerügt, und darin eine Verletzung des in § 823 BGB ge-

---

971 Zum Begriff siehe auch R.Roy, Mailboxen: Staatliche Eingriffe und andere rechtliche Aspekte, NJW 1996, 1791 f.

972 Focus 33/94, S. 95.

973 Jedenfalls bei Briefkästen, die mit der Benutzung von entgeltlichen On-Line Diensten wie CompuServe oder America on Line (AOL) gekoppelt sind. Hier handelt es sich um ein dem Mietrecht vergleichbares Rechtsgeschäft, das als Adresse auch Bezug zur allgemeinen Handlungsfreiheit als auch zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht hat. Zum Mietrecht als Eigentum im Sinne von Art. 14 GG siehe die obiter dicta Rechtsprechung des BVerfG.

schützten Eigentums gesehen.<sup>974</sup> Es handelt sich um die Argumentation, die früher bereits bei der Zusendung nicht als Werbung gekennzeichnete Einzelmitteilungen im BTX-System vertreten wurde.<sup>975</sup>

(2) **Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).**

Der Bezug zur Intimsphäre besteht hier in der Konfrontation des einzelnen mit Werbung in seiner Wohnung, wo das Terminal steht, und er im Briefkasten Mitteilungen, die ihn interessieren, erwartet. Dennoch ist wie bei der Briefwerbung der Bezug zur Intimsphäre nicht gegeben.

(3) **Negative Rezipientenfreiheit.** Der weitergehende Bezug zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht besteht hier in der *Zeit und Mühe*, die es macht Werbermitteilungen als solche zu erkennen, auszufiltern und dann zu löschen. Dies geht wesentlich über ein Auflegen des Telefonhörers oder über den flüchtigen Blick auf ein Werbeschreiben, das dann im Papierkorb landet, hinaus. Vor allem sind Sicherungsvorkehrungen, wie Sperrvermerke, grundsätzlich nicht einfach möglich. So besteht zwar die Möglichkeit, den Zugang von bestimmten Benutzern, die aus bestimmten „kommerziellen Netzwerken“ Zugriff auf die e-mail nehmen, auszuschließen. Dieses Vorgehen beinhaltet allerdings die Gefahr, daß der Zugang von anderen Informationen, die über dieses Netz an die e-mail gelangen, ausgeschlossen werden.<sup>976</sup> Nach hier vertretener Ansicht fordert die negative Rezipientenfreiheit die vorherige Zustimmung des Rezipienten. Demgegenüber verlangen Literaturmeinungen das Prinzip des „freien Flusses der Kommunikation“ und die Hinnahme von Werbung im Internet.<sup>977</sup>

bb) Werbung in Foren

Bei der Bewegung in Foren handelt es sich um die Sozialsphäre, weil der Einzelne sich in Gespräche – On-Line – mit anderen austauscht und weiß, daß er nicht

---

974 LG Berlin Urt.v.14.5.1998 CR 1998, 499.

975 Anderer Ansicht M. Winke, Wettbewerbsrechtliche Probleme der Werbung über Bildschirmtext und Teletext WRP 1986, 455,457, der dies damit begründet, daß das BTX-System der wirtschaftlichen Kommunikation diene und der Benutzer deshalb durch vereinzelte Werbung in den Einzelmitteilungen nicht übermäßig belastet werde. Anderer Ansicht W.Jäckle, Zur Zulässigkeit von Werbung im BTX-Mitteilungsdienst. WRP 1986, 648, der die Kennzeichnungspflicht bereits aus einer teleologischen Reduktion von § 3 Abs. 1 BTX-Staatsvertrag herleitet. Dann, wenn es sich um Werbung handelt, handle es sich nicht mehr Individualkommunikation, die von der Kennzeichnungspflicht nach § 8 BTX-Staatsvertrag freistelle. Zur Geschichte des BTX J.P. Lachmann, Werbung über Bildschirmtext, WRP 1983, 591 ff. Vor dem BGH hatten LG und KG Berlin eine Belästigung durch Bildschirmtextwerbung abgelehnt (LG Berlin Urt. v. 6.1.1984 NJW 1984, 2423 und KG Berlin Urt. 24.9.1985 NJW 1986, 3215).

976 Zur praktischen Abwehr "So vermeiden Sie Werbe-Mail" Chip Nr. 7/ 1998, S. 190 ff.

977 A.Funk, Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-Mail, CR 1998, 411,420; J.Reichelsdorfer, "eMails" zu Werbezwecken – ein Wettbewerbsverstoß, GRUR 1997, 191, 197.

kontrollieren kann, wer zuhört<sup>978</sup>. Ein Recht des Einzelnen, auf einem bestimmten Gesprächsinhalt, den andere beisteuern, besteht grundsätzlich nicht (positive Rezipientenfreiheit). Vergleichbar der Außenwerbung könnte man deshalb argumentieren, daß der einzelne sich selbst nach außen begibt und deswegen auch Werbung von außen tolerieren muß. Der Vergleich mit der Außenwerbung stimmt aber nicht, weil es an einer „Ausweichmöglichkeit“ des Gesprächsteilnehmers fehlt. Er ist mit anderen im Gespräch und muß nun den Werbebeitrag der Anwaltskanzlei zur Kenntnis nehmen und übergehen. Ein „Wegblicken“ ist nicht möglich, weil er andernfalls neue Gesprächsbeiträge von anderen Teilnehmern der Runde nicht wahrnehmen konnte. Aus diesen Gründen liegt nach hier vertretener Ansicht eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zwar nicht vor, *wohl aber eine Verletzung einer allgemeinen, negativen Rezipientenfreiheit.*

## 12. Zusammenfassung

(1) *Noch anderer Rezipientenschutz bei der kommerziellen Sprache.* Die geschilderten Beispiele haben gezeigt, daß bei der kommerziellen Sprache der Vorrang der Aktivität vor der Passivität nicht in gleicher Form gilt wie bei der nicht-kommerziellen Sprache. Werbung muß, wenn sie über Telefon, Telefax oder eMails verbreitet wird, die Einwilligung des *Rezipienten* einholen. Die Werbung muß, wenn sie anstößige Inhalte hat, selbst dann mit einer Untersagung rechnen, wenn sie nicht "qualifizierte" negative Rezipienteninteressen verletzt (Fall III "Busengrapscher"). Die Werbung unterscheidet sich so grundsätzlich von den bisher in Art. 5 GG geschützten "Meinungen". Dabei könnte es sein Bewenden haben, wenn nicht die Gefahr bestünde, daß die Ratio einer "werblichen Meinung" (undifferenziert) auf die in Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Meinungen übertragen wird. Beim Rezipientenschutz gegen Belästigung deutet sich diese Entwicklung an: nämlich zunächst bei der parteilichen Sprache.

So soll nach einer Literaturauffassung<sup>979</sup> und einer Entscheidung des OLG Bremen<sup>980</sup> der Sperrvermerk "Keine Werbung" auch dazu benutzt werden können, den Empfang der Sprache der Parteien oder bestimmter Parteien<sup>981</sup>

---

978 So ist zwar ersichtlich, wieviel Leute in einem Konferenzraum befindlich sind. Die Namen sind aber oft nicht aussagekräftig oder bewußt anonym gewählt.

979 J.Fenchel, Negative Informationsfreiheit, 1997, 185.

980 OLG Bremen, Urteil vom 18.06.1990, NJW 1990, S. 2141 und LG Bremen, Urteil vom 30.11.1989, NJW 1990, 456. Es handelte sich um einen Fall der Postwurfsendung; deshalb ist - nach damaliger Rechtslage - dem Abwehrenspruch im Ergebnis nicht stattgegeben worden. Bei heutiger Rechtslage hätte der Abwehrenspruch durchgesetzt werden können. Das BVerfG hat sich in seinem Nichtannahmebeschluß v. 15.1.1991 NJW 1991, 910 nur mit dem Ergebnis des OLG Bremen identifiziert; grundsätzlich sah es die Zusendung von Parteiwerbung auch bei Bestehen eines Sperrvermerks wegen der geringen Vermeidungslast ("nicht in schwerwiegender Weise") nicht als Verletzung des Persönlichkeitsrechts an.

981 J.Fenchel, a.a.O.

("Keine Werbung von...") zu verweigern. *Begründet wird diese Betrachtung mit dem vergleichbaren Einsatz der Mittel - instrumentelle Betrachtungsweise - und den vergleichbaren Folgen der Belästigung.*<sup>982 983</sup>. Es handelt sich also wieder um einen Fall, in dem die verfassungsrechtliche Ursprungsperspektive durch eine einfachgesetzliche Folgenperspektive abgelöst wird. Auch für die Öffentlichkeitsarbeit des Staates werden demzufolge bereits Sperrvermerke diskutiert.<sup>984</sup>

Es bedarf keiner Bewertung des Inhalts von staatlicher oder parteilicher Sprache; allein das Bild von Briefkästen, auf denen die Literatur Sperrvermerke wie "Keine kommerzielle Werbung"; "Keine politische Werbung der Partei ...; keine staatliche Öffentlichkeitsarbeit" befestigt, verdeutlichen die Veränderung der Voraussetzungen für den Prozeß der Bildung von (öffentlichen) Meinungen. Die Chance und das Moment der Überraschung, wenn gerade die, die eine bestimmte Meinungsquelle nicht entdeckt haben oder meiden, brieflich oder telefonisch anzusprechen, gehört zum Kern der Meinungsfreiheit. Die kommerzielle Sprache kann dies nicht beanspruchen; ihr meinungsfreiheitlich geringerer Schutz kann so zum Argument gegen andere Meinungen werden. Das gilt nicht nur für das Belästigungsargument, sondern auch für das Beeinflussungsargument. Für die Perspektive des Rezipienten, der bei der Werbung intensiv geschützt wird, ist es schwer vermittelbar, daß der Staat ihn vor dem Flaschenaufkleber "Busengrapscher" schützt, nicht aber vor dem Autoaufkleber "Soldaten sind Mörder - Kurt Tucholsky".

- (2) *Parallele negative Rezipientenfreiheit.* Wenn man Werbung "meinungsfreiheitlich" schützt, dann sollte die Ausbildung einer parallelen negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG erwogen werden. Sie ermöglicht zunächst die *Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) auf den Kernbereich der von Privaten selbst gestalteten Persönlichkeitssphäre* und damit auch eine stärkere Konturierung dieses Rechts. Für den Bereich der *nicht-kommerziellen* Sprache - so etwa für den Sachverhalt der "Soldatenwerbungsentscheidung" - wird durch diese "Verengung" des Schutzbereichs verdeutlicht, daß *jenseits des Schutzbereichs des Persönlichkeitsrechts* nur "allgemeine Gesetze" die Meinungsfreiheit beschränken können und nicht die Rechtsprechung und der Gesetzgeber unter

---

982 J.Fenchel, a.a.O.

983 Werbung durch Parteien ist grundsätzlich vom Mitwirkungsauftrag der Parteien nach Art. 5 i.V.m. Art.21 Abs.1 GG i.V.m. § 1 Abs.2 PartG gedeckt. Einen Überblick über die Konkordierung von Partei- und Beworbenenbelangen bietet C. Schmitz, Grundrechtskollisionen zwischen politischen Parteien und Bürgern, 1995, S.42-66, der ebenfalls einen Schutz der Rezipientenbelange ablehnt.

984 F. Schürmann, Staatliche Öffentlichkeitsarbeit - unerwünschte Postwurfsendungen? NJW 1992, 1072, 1075 fordert, daß der Sperrvermerk analog § 133 BGB nur auf kommerzielle Werbung bezogen wird.

Berufung auf selbst kreierte<sup>985</sup>, grundrechtliche Kollisionslagen (Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht) die Meinungsäußerungsfreiheit einschränken können. Für den Bereich der kommerziellen Sprache gewährleistet die parallele negative Rezipientenfreiheit, die bei der Konkordierung zu berücksichtigen ist, daß die Rezipientenbelange bei der Werbung auch in der Sozialsphäre berücksichtigt werden können. Mit den Kriterien "Vermeidungslast", "Beeinflußungs"- und "Belästigungsaspekt" und der "qualifizierten Rezipientensituation" ist die Schwere des "Eingriffs" argumentativ ermittelbar. Die negative Rezipientenfreiheit hätte den Vorteil, daß sie "jedem", also in- und ausländischen, juristischen wie natürlichen Personen zustünde. Es käme auch nicht darauf an, ob die Werbung in der Privatsphäre oder im öffentlichen Raum der Sozialsphäre stattfindet; sondern es kommt ganzheitlich darauf an, welche Wirkungen - Beeinflußung und/oder Belästigung - die Werbung hat. Dogmatisch spricht für eine negative Rezipientenfreiheit, daß sie das Verfassungsrecht für die Konkretisierung des einfachen Rechts praktikabel macht. Die Zuordnung zum "Eigentum" oder zum "ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" leidet an der fehlenden Konzeption des "Eingriffs", die durch die Mitwirkung des Grundrechtsträgers - wer einen Telefon- und Faxanschluß bekannt gibt, will kommunizieren - auch die Frage nach dem Grundrechtsschutz vor sich selbst stellt. Die Einwilligungslösungen der Rechtsprechung, die zwischen Privaten und Gewerbetreibenden unterscheidet, reflektiert spiegelbildlich diese Unklarheit. Letzlich kann ein Aspekt, der die Hintergrundrechtfertigung des Schutzes vor Belästigung ist, durch eine offene Abwägung miteingeführt werden: die Investition von Zeit, die dem nicht interessierten Rezipienten abverlangt wird. Der Schutz einer negativen Rezipientenfreiheit kann unterschiedliche Folgen für die wettbewerbsrechtliche und bürgerlich-rechtliche Beurteilung haben. Im Rahmen von § 1 UWG kann die Verletzung des negativen Rezipienteninteresses<sup>986</sup> zur Indizierung der Sittenwidrigkeit führen.<sup>987</sup> Soweit die Rechtsprechung dem hier gemachten Vorschlag der Ausprägung einer parallelen negativen Rezipientenfreiheit folgt, kann eine "negatives Rezipientenrecht" zum "sonstigen Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB werden und insoweit unmittelbar die Klage für den Endverbraucher eröffnen.<sup>988</sup>

---

985 Erst die extensive Interpretation des "allgemeinen Persönlichkeitsrechts" begründet die Kollisionslage.

986 Das über eine subjektiv-rechtlich in Art. 5 GG geschützte, negative Rezipientenfreiheit hinausgehen kann.

987 Der Verletzte (außer die Verletzten, die nach § 1 UWG klagebefugt sind) hat aber wegen der expliziten und abschließenden Aufzählung in § 13 Abs. 2 UWG keine Aktivlegitimation.

988 Eine Verknüpfung beider Anspruchsgrundlagen durch die Qualifizierung von § 1 UWG als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB scheidet indes nach herrschender Meinung in der Literatur wie auch der Rechtsprechung aus.

**(3) Werbung als Meinung?**

Vielleicht wird die in naher Zukunft zu erwartende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Werbung als "Meinung" schützen. Auch diese Antwort des Verfassungsrechts wird neue Fragen der Praxis nach sich ziehen. Günstigstenfalls gelingt dieser Arbeit durch die Darstellung möglicher Lösungen ein Beitrag.

FINIS