

# „FREEDOM OF COMMERCIAL SPEECH DOCTRINE“ IM VERFASSUNGSRECHT DER VEREINIGTEN STAATEN VON AMERIKA

## I. Umfang der Rechtsvergleichung und Vorgehensweise

### 1. *Gemeinsamkeiten und Unterschiede von deutschem und us-amerikanischem Verfassungsrecht*

Die Beantwortung der Frage, wie ein verfassungsrechtliches Problem in einem anderen Erdteil gelöst wird, verspricht Erkenntnisgewinn. Das gilt in besonderem Maße, wenn in einer historischen Betrachtung dort die verfassungsrechtliche Qualifikation von Werbung als „Meinung“ - soweit ersichtlich - *zuerst* erfolgte. Die Rechtsprechung des United States Supreme Court entfaltet inzwischen auch jenseits der USA Wirkungen: So berufen sich die Befürworter<sup>1</sup> des „meinungsfreiheitlichen“ Schutzes von Werbung im Gemeinschaftsrecht wie in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auf die „commercial speech doctrine“ („kommerzielle Sprache“) des Supreme Court. Der *Umsatz*, den solche Meinungen mit der Rechtsvergleichung machen wollen, ist zunächst ein argumentativer und rechtspolitischer: Rechtsvergleichung kann weder zur unmittelbaren Anwendbarkeit fremden Rechts führen noch hat sie bisher eine Integration in den methodischen Auslegungskanon erfahren.<sup>2</sup> Diese Vorbemerkungen verhüllen allerdings die Stärke der Rechtsvergleichung, wenn sie - wie hier - im Rahmen der teleologischen Auslegung wirken kann. Die Frage nach der „Werbung als Meinung“ in Art. 5 GG ist eine Frage nach der Teleologie der Meinungsfreiheit und

---

1 Siehe die dissenting opinion des Richters Pettiti zu EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) S. 26. M.Daues, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425 ff.

2 So im Ergebnis auch A. Hatje, Wirtschaft, Werbung und Meinungsfreiheit, 1993, S. 17 Fn. 26, 27 m.w.N.; vgl weiter M. Rheinsteil, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1987, der einen Überblick über die "Vergleichgrundlagen" die Rechtskreise (S. 77) gibt. Von einer "fünften" Auslegungsmethode spricht P. Häberle, in: "Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft", VVDStRL 50 (1990), S. 157. Eine Rechtsvergleichung für den verfassungsrechtlichen Schutz von Werbung in Europa gibt W.Skouris, Advertising and Constitutional Rights in Europe, 1994, S. 390 ff mit dem Ergebnis eines überwiegenden Schutzes der Werbung als Bestandteil der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit ("freedom of profession" oder "economic activity"). Offengelegt wird in dieser - laut Vorwort auf Anregung der Tabakindustrie entstandenen Studie - die große Unterschiedlichkeit der "Verfassungen" S. 390: "It should be stressed, however, that, due to the different national traditions and legal cultures, there is no uniform protection for advertising arising from the above-mentioned rights (e.g. freedom of expression and freedom of economic activity) . On the other hand, apart from the guarantees in question, it is difficult to pinpoint noteworthy similarities in the various member states."

ihrer systematischen Stellung in einem (Grund-)Rechtekatalog. Eine Verfassung, die hier Vorreiter ist und zu einem weiten Schutzbereich für den Werbenden führt, unterwirft Ansichten, die einschränkender argumentieren, zumindest einer Argumentationslast. Diese Argumentationslast wird in einer „europäischen und/oder globalisierenden Betrachtung“ umso schwerer, als hier mehrere „Grundrechtssysteme“ beginnen, sich entweder zu harmonisieren oder etwa - weil sie von denselben Klägern (nacheinander) für identische Sachverhalte beansprucht werden - die materiellen Differenzen zwischen ihnen deutlich werden. Der „meinungsfreiheitliche“ Schutz von Werbung im deutschen Verfassungsrecht (7. Kapitel), in der EMRK (5. Kapitel), im Gemeinschaftsrecht (6. Kapitel), im Recht der Vereinten Nationen (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte<sup>3</sup>) und den Vereinigten Staaten Amerikas könnten so zu Puzzlesteinchen für eine transatlantische Rechtsannäherung als Vorstufe einer globalen (Wirtschafts-)ordnung werden. Einen **Gewinn** wird diese Rechtsvergleichung aber nur abwerfen, wenn die terminologischen, systematischen und teleologischen Gemeinsamkeiten und Unterschiede nicht nur bei der Eröffnung des Anwendungsbereichs sondern auch bei der Ermittlung des effektiven Garantiebereichs für die „commercial speech“ berücksichtigt werden. Wenn die Begriffe „commercial speech“ und „non-commercial speech“ in diesem Kapitel mit „(nicht-)kommerzieller Sprache“ übersetzt werden, dann muß diese Übersetzung in Anführungszeichen erfolgen. Der Supreme Court hat sich mehrfach mit der auch dem zweiten Kapitel zugrundeliegenden Definitionsproblematik befaßt und ist im Ergebnis zu einer für weitere Differenzierungen offenen Konkretisierung gelangt.<sup>4</sup> Die thematische Konzentration auf „Werbung“ erfolgt, weil insoweit die Vergleichsgrundlage eindeutig ist. Die amerikanischen Erfahrungen können durch diese Begrenzung neue Argumente liefern, die Prognosen nähren und Optionen für eine zukünftige (Verfassungsgerichts-)Rechtsprechung in Deutschland liefern. Die Darstellung der „commercial speech doctrine“ erfolgt, *soweit* sie Argumentationspotential für die deutsche Rechtsentwicklung verspricht. Die Systematik, Teleologie und Chronologie dieser „doctrine“ wird durch die folgenden Thesen, die in diesem Kapitel zu beweisen sind, konturiert.

a) *These 1: Notwendigkeit einer Definition der „kommerziellen Sprache“.*

(a) *Unterschied zur „nicht-kommerziellen Sprache“.* Jede begriffliche Kategorie verlangt eine praktische Bedeutung. Das amerikanische Verfassungsrecht verlangt bisher noch eine Unterscheidung beider Sprachformen, weil die Maßstäbe an die Beurteilung, wann unzutreffende und/oder irreführende

---

3 Dazu siehe im 6.Kapitel.

4 Dazu siehe unter II 6. Keinesfalls kann davon ausgegangen werden, daß "kommerzielle Sprache" - wie im Rahmen dieser Arbeit - den kommunikationspolitischen Aspekt des Marketing-Mix umschreibt.

Sprache vorliegt, bei beiden Sprachformen verschieden sind. Wenn keine Begriffsklarheit und Zuordnungssicherheit besteht, drohen die strengeren Anforderungen für die „kommerzielle Sprache“ auf die „nicht-kommerzielle“ Sprache - und umgekehrt - fälschlicherweise übertragen zu werden. Hier besteht also die Gefahr, durch eine fehlerhafte Zuordnung von Sprache zu einer minder geschützten Kategorie den Schutz zu verkleinern (bei der „nicht-kommerziellen“ Sprache - Problem der Verwässerung („dilution“)) oder zu vergrößern (bei der Einordnung von kommerzieller Sprache als nicht-kommerzielle Sprache).

Zusätzlich zu der Bestimmung, was „commercial speech“ ist, ist es deshalb notwendig, die Begriffe der „unzutreffenden“ und der „irreführenden Aussagen“ zu definieren.

- (b) *Unzutreffend versus irreführend.* Die Einbeziehung von Werbung in die „Meinungsfreiheit“ zwingt im Rahmen der „kommerziellen Sprache“ zur Differenzierung zwischen zutreffender und (zutreffender aber) irreführender Werbung. Die informationsfreiheitliche Beurteilung des „Meinungswerts“ führt so zu einer Verengung des Schutzbereichs und des effektiven Garantiebereichs gegenüber nicht-kommerzieller Sprache. Nicht nur *bewußt oder evident unwahre Tatsachenbehauptungen*<sup>5</sup> werden vom *Schutzbereich nicht erfaßt*, sondern auch *irreführende*.<sup>6</sup>
- (c) *Problem der Systemgerechtigkeit bei einem unterschiedlichen Schutz der kommerziellen und nicht-kommerziellen Sprache.* Es stellt sich bei unterschiedlichen Anforderungen an den Wahrheitsgehalt wie an das Irreführungspotential von „(nicht)-kommerzieller“ Sprache das grundsätzliche Problem, der Systemgerechtigkeit. Welche Rechtfertigung gibt es dafür, auf der einen Seite den Rezipienten vor der irreführenden Werbung über die Eigenschaften einer Zahnpasta zu schützen und auf der anderen Seite Äußerungen des Ku-Klux-Klan dem Prinzip der Gegenrede zu überlassen - worauf diese Rechtsprechung im Ergebnis hinausläuft.

b) *These 2: Man reiche der „commercial speech“ öfter den Finger und sie nimmt bald die ganze Hand.*

**Am Beginn** der Einbeziehung kommerzieller Sprache in die „Meinungsfreiheit“ wurde kommerzielle Sprache zunächst als weniger geschützte Sprachform behandelt. So ging auch die U.S.-amerikanische „commercial speech doctrine“ davon

---

5 Vgl. hierzu D.Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697, 1699 zu unzutreffenden Tatsachenbehauptungen und sein Schema auf S. 1705 zur meinungsfreiheitlichen Rechtsprechung des BVerfG.

6 Auf der Ebene des Werturteils sind die Einschränkungen, die für die Werbung gelten, (noch nicht) verfassungsdogmatisch faßbar.

aus, daß „commercial speech“ weniger als „non-commercial speech“ geschützt ist („lesser protection approach“, „low value speech“).<sup>7</sup> Die Entwicklung der „commercial speech doctrine“ durch den Supreme Court in seiner gegenwärtigen Besetzung tendiert *nunmehr* zu einer Gleichbehandlung von *inhaltlich zutreffender* „commercial speech“ mit „non commercial speech“. Das geht soweit, daß eine Beschränkung der Verbreitung von Sprache nur noch für „kommerzielle“ und „nicht kommerzielle“ Sprache *insgesamt und gemeinsam* erfolgen darf. Andernfalls sei die Beschränkung „underexclusive“. Eine größere Beschränkung für die Verbreitung zutreffender kommerzieller Sprache ist damit nicht mehr zulässig.<sup>8</sup>

c) *These 3: „Kommerzielle Sprache“ wird informations- und nicht „meinungsfreiheitlich“ geschützt.*

Der Supreme Court beurteilt Werbung in ihrem Kern informationsfreiheitlich - es kommt vorwiegend auf die Information für den Rezipienten und weniger auf den Charakter von Sprache als Instrument der Selbstverwirklichung an („Meinungsfreiheit“ oder „Äußerungsfreiheit“)<sup>9</sup>. Dieser Ansatz könnte idealtypisch zusammengefaßt werden mit dem Satz:

„What is essential is not that everyone shall speak but that everything worth saying shall be said.“<sup>10</sup>

Das Problem besteht realtypisch darin, daß niemand weiß, was insgesamt mitteilenswert ist. Es gibt deshalb zwei Optionen: zum einen könnte der Staat sich kundig machen<sup>11</sup>, und das Mitteilungswerte bestimmen<sup>12</sup> und zum anderen könnte *ein Prozeß von Rede und Gegenrede* unter Privaten gewählt werden, der eine Annäherung an dieses Ideal verspricht. Gerade die amerikanische Rechtsprechung ist von unüberwindbarem Mißtrauen gegenüber dem paternalistischen Staat geprägt - es bleibt deshalb nur die zweite Option. Ausdruck hat diese Überzeugung

---

7 Diese Erfahrung läßt auch für den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung in Art. 5 Abs. 1 S.1 1. Alt. GG erwarten, daß zunächst zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache differenziert werden muß. Die Schrankendivergenz zwischen Art. 12 Abs. 1 S. 2 und Art. 5 Abs. 2 GG wird sich dann - unter dem neuen Vorzeichen des meinungsfreiheitlichen Schutzes für Werbung - in Art. 5 Abs. 2 GG *wiederfinden*. Der "meinungsfreiheitliche" Schutz von Werbung droht so zur Verlagerung und nicht zur Ermittlung des effektiven Garantiebereichs für die Werbung zu führen.

8 Wichtig ist eine ganzheitliche Betrachtung dieser Entwicklung, um sie bei der teleologischen Übernahme einer commercial speech doctrine in Art. 5 GG zu berücksichtigen - sei es daß diese Entwicklung bereits jetzt offen begrüßt wird oder daß Vorkehrungen gegen eine solche Weiterung getroffen werden. Eine solche Vorkehrung könnte die Entwicklung weiterer Differenzierungen sein.

9 E.Kagan, Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine, Chicago Law Review 1996, 413, 425 ff zu den beiden Modellen für den ersten Zusatzartikel: das Ausdrucks- und das Rezipientenmodell.

10 E.Kagan, Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine, Chicago Law Review 1996, 413, 425 zitiert Meiklejohn.

11 Hier sind dann diskursive Rückkopplungsprozesse mit der Gesellschaft notwendig.

12 Dafür etwa H.Heller, Staatslehre, Tübingen, 6.rev.Aufl.,1983, S. 206 f, der speziell für den amerikanischen Meinungsmarkt der dreißiger Jahre den Befund der Oligopolisierung der Meinungsmacht stellt.

des Supreme Court in seiner Entscheidung zu Beschränkungsversuchen des „Internet“ gefunden. Der Supreme Court hat zum einen die „meinungsfreiheitlich“ zu begrüßende Entwicklung eines (freien) Marktes der Ideen betont und zum anderen an seiner Skepsis gegenüber dem Staat ausdrucksvoll festgehalten:

„The record demonstrates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship“.<sup>13</sup>

Der Glaube an den Markt der Ideen und die Skepsis gegenüber dem Staat spiegelt sich auch in der unterverfassungsrechtlichen Wirklichkeit wieder.

Anders als in der deutschen Rechtstradition besteht auch bei der Werbung ein - durch die Suggestivität der Argumente und die Finanzkraft der Akteure eingeschränkter - Wettbewerb der Ideen und Argumente. So muß sich Marlboro die Verwendung seines Cowboy-Motivs mit der Ergänzung: „Bob, ich habe Lungenkrebs“<sup>14</sup> genauso gefallen lassen, wie sich EXXON von einer Bundesbehörde (Federal Trade Commission) zu einer Berichtigungswerbung und einer Aufklärungskampagne verpflichten ließ.<sup>15</sup>

Bedeutung hat der informationsfreiheitliche Ausgangspunkt der „freedom of commercial speech“ für den Verzicht auf die Individualität der Sprache - im amerikanischen Verfassungsrecht geht es bei der zutreffenden kommerziellen Sprache nicht darum, wer etwas persönlich „meint“<sup>16</sup>, sondern welche Wirkungen (die Vorenthaltung von) Information hat.

Mit diesen Thesen ist die Agenda der Rechtsvergleichung umschrieben. Bevor die obigen Thesen durch die Rechtsprechung des Supreme Court belegt und diskutiert werden können, ist auf einige Unterschiede beider Rechtsordnungen im Bereich des Verfassungsrechts und des unterverfassungsrechtlichen Werberechts hinzuweisen.

---

13 J.Reno v.American Civil Liberties Union 138 L Ed 2d 874, 907.

14 Der Spiegel Nr. 21/1998 zeigt eine Anzeige des California Department of Health Services, die zwei Cowboys abbildet mit dem Text "Bob, I've got emphysema".

15 EXXON hatte den Eindruck erweckt, daß durch die Verwendung von Superbenzin Kosten eingespart werden könnte. In einem Vergleich hat es sich verpflichtet, berichtigende Werbung zu betreiben (Normalbenzin reicht aus) und Aufklärungsmaterial an allen Tankstellen aufzulegen (GRUR Int. 1997, 763 f). Ein weiterer Fall ist die Tabakwerbung bei Jugendlichen, bei der die FTC eine Verpflichtung des Tabakherstellers zu einer Aufklärungskampagne erwägt (GRUR Int. 1997, 854 f). Zu Demand-Side-Management-Programmen V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, S. 22 ff und S. 61 ff.

16 Dazu siehe unter II 6 c).

Der erste Unterschied besteht in der unterschiedlichen Stellung des Supreme Court gegenüber dem Bundesverfassungsgericht - es handelt sich idealtypisch um die Unterschiede zwischen einem höchsten Bundesgericht und einem Verfassungsgericht. Der Supreme Court ist als höchstes Bundesgericht nicht „nur“ mit der Wahrung des Verfassungsrechts sondern auch mit der Konkretisierung des unterverfassungsrechtlichen Rechts beauftragt. Die Unterscheidung<sup>17</sup> zwischen materiell-verfassungsrechtlich determinierter Konkretisierung des einfachen Rechts, also den Fällen, in denen die Verfassung die Entscheidung determiniert **und** unterverfassungsrechtlich-determinierter Rechtsprechung, also den Fällen, in denen eine unzutreffende Anwendung unterverfassungsrechtlichen Rechts vorliegen mag, die aber nach der Formel von der Notwendigkeit der Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“ noch keine Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte bedeutet, ist beim Supreme Court deshalb bei der „commercial speech“ nicht wahrnehmbar. Anders als das BVerfG entscheidet der Supreme Court nach seinen eigenen Kriterien und deshalb frei, in welchen Fällen er Recht sprechen will (vg. §§ 90 ff BVerfGG).<sup>18</sup> Die Tatsache, daß der Supreme Court oder seine Justices im Zeitraum vom. 1.1.1997-23.3.1998 in zwanzig Entscheidungen oder Meinungen (dissenting und concurring opinions) auf die „commercial speech“ Bezug genommen haben<sup>19</sup>, verdeutlicht das wirtschaftspolitische Interesse des Gerichts wie die dogmatische Bedeutung als Kategorie des 1. Zusatzartikels.

Der zweite wichtige Unterschied beider Verfassungen ist das Verhältnis von Freiheit und Recht. Die amerikanische Verfassung kennt vor und außerverfassungsrechtliche „Grundrechte“ („fundamental rights“) - also eine Freiheit vor dem Staat - während das deutsche Recht sich entschieden hat, im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG jede Form persönlicher Freiheit („Reiten im Walde“<sup>20</sup>) zu schützen und damit eine Freiheit vom Staat kennt.<sup>21 22</sup>

---

17 C.Rau, Selbstentwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, 1996. Eingestandenermaßen zweifelt auch der deutsche Jurist in der Rechtsprechungspraxis des BVerfG immer öfter an der Verwirklichung dieser Unterscheidung.

18 Zur Entstehungsgeschichte und Praxis des Supreme Court: P.E.Quint, Amerikanisches Verfassungsrecht - ein aktueller Überblick, JZ 1986, 619; W.Brugger, Verfassungsgerichtspolitik à la USA, ZRP 1987, 52; M.Schefer, Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S.-Supreme Court, 1997.

19 Abfrage ("How is commercial speech protected under the First Amendment) des Auskunftssystems Westlaw am 23.3.1998. Siehe auch die statistische Erfassung der Arbeit des Supreme Courts in Harvard Law Review Vol. 110 (1996/97), 367, die aber nur eine Entscheidung (wohl 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711), für die commercial speech zentral ist, aufzählt.

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

21 Zum Unterschied im freiheitlichen Vorverständnis der Verfassungen: Es existieren hier grundsätzlich zwei Ausgangspositionen, die sich allerdings einander anzunähern scheinen. Die amerikanische Verfassung hat im 9. Zusatzartikel (Amendment IX) ausdrücklich bestimmt, daß die Aufzählung von Rechten in der Verfassung nicht in der Weise konkretisiert werden darf, daß andere Rechte, die beim Volk verblieben sind, verneint oder beschädigt werden:

Auch das unterverfassungsrechtliche Werberecht unterscheidet sich in seinen Grundannahmen wesentlich vom deutschen Recht.

## 2. Konturen des Rechts gegen „unlautere Werbung“ in den USA

Die verfassungsrechtliche „commercial speech doctrine“ dominiert eine rechtstat-sächliche Sprachwirklichkeit, die sich von der deutschen erheblich unterscheidet. Das amerikanische Werberecht setzt sich aus bundesstaatlichem und einzelstaatlichem Werberecht zusammen. Auf beiden Rechtsebenen besteht jeweils durch die Rechtsprechung konkretisiertes Common Law sowie geschriebenes Recht (statutes, acts).

Auf *Bundesebene* ist *erst* seit der Revision des Lanham Trademark Act (1988)<sup>23</sup> eine Konkurrentenklagebefugnis (im wesentlichen) bei unzutreffender Werbung gegeben. *Darüberhinaus* ist die allgemeine Wahrung des „fairen Wettbewerbs“ auf Bundesebene einer Behörde, nämlich der Federal Trade Commission (FTC), anvertraut.<sup>24</sup> Für die werbeträgerspezifische Werbung existiert eine besondere

---

"The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people."

Die Gleichung "wo die Verfassung schweigt, bestehen keine Eingriffsrechte aber auch keine Abwehrrechte" wurde so zur Ausbildung des auf das IX. Amendment gestützten Rechts auf "Privacy" verwandt (Zu einem Aspekt H.P.Götting, Vom Right of Privacy zum Right of Publicity, GRURInt. 1995, 657 f m.w.N.). Zu ergänzen ist allerdings, daß auch nach amerikanischem Recht in der Rechtsprechungsgeschichte der **Schutz von Rechten** überwiegend durch die geschriebene Verfassung und die Interpretation derselben erfolgte und nicht unter Rekurs auf den neunten Zusatzartikel (Dazu, daß sich die Funktion der US-amerikanischen Freiheitsrechte nicht mehr nur auf die "Abwehrrechte" sondern auch auf - allerdings im Vergleich zur Rechtsprechung des BVerfG eher minimale - Leistungsrechte erstreckt D.Currie, Positive und negative Grundrechte, AÖR 86 (19..), 230, 249 ff.) .

Demgegenüber ist die Leitvorstellung des Grundgesetzes, daß im Bereich der Handlungsfreiheit nahezu jede Form menschlichen Verhaltens geschützt ist, und Art. 2 Abs. 1 GG auch als Auffanggrundrecht dient; gleichzeitig aber nicht eine ebenso umfassende, korrespondierende Eingriffsfreiheit konstituiert (siehe hierzu R.Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, AÖR 100 (1975), 81, 95 - 112; insbesondere 111) Es existiert nach dem Grundgesetz damit schlagwortartig hauptsächlich eine *Freiheit vom Staat*, und nicht mehr eine Freiheit vor dem Staat (E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S.173, 178, 20). Auch differenzierendere Betrachtungen stellen "nur" noch eine zusätzlich legitimierende, normierende und korrigierende Funktion des Naturrechts (Art. 1 Abs. 2 GG) gegenüber den verankerten Freiheiten fest. (zum Begriff des Naturrechts G.H.Gornig, Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte, 1988, S. 6 "soziale Ordnung, die aus der Natur des Menschen allgemeingültige Normen abzuleiten sucht, die dem positiven Recht vorgegeben sind und mit der Vernunft erschlossen werden können" und zum Verhältnis zu kodifizierten grundrechtlichen Freiheiten (S. 52 ff, 55)).

22 Wegen dieser Verschiedenheit der Verfassungssysteme wurde auch auf die Einbeziehung politischer Sprache in den rechtsvergleichenden Abschnitt verzichtet.

23 15 United States Code (U.S.C.) § 1125 (a) (1988).

24 Section 5 (a) Federal Trade Commission Act: *Unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce are hereby declared unlawful.* Neben der FTC ist auch die FDA (Federal Drug Agency) für produktspezifisches Werberecht, wie die Tabakwerbung zuständig (T.C.Morrison, The Emerging Burden of Proof Rule in Drug Advertising Cases TMR Vol.78, 551 ff).

Bundesbehörde, nämlich die Federal Communication Agency (FCA).<sup>25</sup> Auch das *Werberecht* in den *Einzelstaaten* kennt wiederum das Common Law, einzelstaatliche Behörden und Werbe"gesetze".<sup>26</sup>

Als Unterschied zu deutschem und gemeinschaftsrechtlichen *Werberecht* drängt sich die weitestgehende Akzeptanz suggestiver (auch vergleichender) Werbung auf. Der historische Grund ist die Offenheit des Common Law für suggestive, marktschreierische Werbung - das sogenannte „puffing“<sup>27 28</sup>. Die Alleinstellungs-

---

25 United States and Federal Communication Commission v. Edge Broadcasting Company 125 L Ed 2d 345, 358 ff.

26 Beispielhaft für die Aktivität einzelner Staaten, die intergouvernementale Zusammenarbeit der Staaten und die Untätigkeit des Bundesgesetzgebers wie der Bundesbehörden ist die Regelung der "Umweltwerbung"; dazu P.J. Tarnsey, Regulation of Environmental Marketing: Reassessing The Supreme Court's Protection Of Commercial Speech, Notre Dame - Law Review Vol. 69 (1993/94), 533, 536 ff.

27 Siehe allerdings numehr die Auffassung der Federal Trade Commission, die "puffing" zwar akzeptiert, aber auch verlangt, daß es als puffing erkennbar ist. Andernfalls wird es als (misleading) beanstandet; J. E. Karns, The Federal Trade Commissions Evolving Deception Policy, Richmond Law Review 22 (1988) 399, 405 insbesondere Fn. 27.

28 Zur *Werbepaxis*: F. Köhler, Werbung in den USA, eine Untersuchung der amerikanischen Werbepaxis, Hamburg, 1986, der vor allem im Bereich der Tabakwerbung vergleichende Werbung beschreibt (S. 60 ff).

Für einen praxisnahen Überblick über den Rechtsschutz des Mitbewerbers vor der Änderung des Lanham Act: R.A. Givens, Business Torts and Competitor Litigation, 1984, S. 303 und 308 ff hinsichtlich vergleichender und unzutreffender Werbung.

*Common Law*: Nach unterverfassungsrechtlichem Common Law war das emotionale Behaupten eines "besser seins" als der Mitbewerber ("Puffing") solange zulässig und privilegiert als keine unzutreffenden Tatsachen erwähnt werden (G. Sarno, Actionable Nature of Advertising impugning Quality or Worth of Merchandise or Products, 42 American Law Reports Fourth Series, (42 ALR 4th) 318, 332). Zum Common Law, das Fallgruppen wie defamation (no loss), disparagement (pecuniary loss) (S. 328), libel nennt, Gregory G. Sarno, Actionable Nature of Advertising impugning Quality or Worth of Merchandise or Products, 42 ALR 4th, 318, und W.P. Keeton u.a.: Prosser and Keaton, The Law of Torts, 5. Aufl., 1984, S. 1018 ff erkennen bei unzutreffender (vergleichender) Werbung nur einen Schadensersatzanspruch des Kunden, **nicht aber des Mitbewerbers** an, weil der entgangene Gewinn nicht kausal nachgewiesen werden könnte. Deshalb wurde unter Bezug auf das deutsche UWG eine Konkurrentenklage und einstweiliger Rechtsschutz gefordert. (Warren S. Grimes, Control of Advertising in the United States and Germany: Volkswagen Has a Better Idea, Harvard Law Review 84 (1971), 1769, 1780.) Im unterverfassungsrechtlichen *Bundesrecht* verbietet nunmehr section 43 (a) des Lanham Trademark Act (nach einer Revision durch den Trademark Law Revision Act):

"(1) any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which ...

(2) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities or geographical origin of his or another person's goods or services, or commercial activities" (Hierzu P. E. Pompeo, To Tell the Truth: Comparative Advertising and Lanham Act Section 43 (a), Catholic University Law Review 36 (1987) 565, 577 zu den Sanktionen, wie bspw. corrective advertising).

Unter der Prägung des Common Law, das einen Schadensersatzanspruch des Mitbewerbers ausschloß, bedurfte es einer ökonomischen Rechtfertigung der Aktivlegitimation nach dem Lanham Act (dazu R. S. Saunders, Replacing Skepticism: An Economic Justification for Competitors' Actions for False Advertising under Section 43 (a) of the Lanham Act, Virginia Law Review 77 (1991), 563). Interessanterweise haben wohl nach überwiegender Rechtsprechungsmeinung die Verbraucher - wie nach § 13 UWG - keine Klagebefugnis (dazu M. Tepper, False Advertising Claims and the Revision of the Lanham Act: A Step in Which Direction, Cin.L.Rev. (Cincinnati Law Review) 59 (1991), 957, 960 f). Siehe auch

werbung - „biggest“, „best“, „best value“ - ist die Regel und nicht die mit elementaren Begründungsobliegenheiten belastete Ausnahme. Diese Unterschiede sind so gravierend, daß sich dieses rechtsvergleichende Kapitel auf den Vergleich des Verfassungsrechts beschränkt. Die „Leading Cases“<sup>29</sup> werden in ihrer einfachrechtlichen Beurteilung allenfalls gestreift. Mit Ausnahme von Fall VI - der Ärz-  
 tewarterbung - ist den Fällen I-V kein vergleichbarer Fall vom Supreme Court entschieden worden, obwohl der Supreme Court die Funktionen eines „Bundesgerichtshofs“ wie eines „Bundesverfassungsgerichts“ in Personalunion wahrnimmt. Dieser Befund bestätigt die unterschiedliche Struktur wie Sichtweise des amerikanischen, unterverfassungsrechtlichen Werberechts hin. Deswegen sind Fälle wie die „ölverschmutzte Ente“ (Fall I), die das Umweltengagement eines Unternehmens propagieren, in den USA weder durch die (bundesrechtliche) Konkurrentenklage (erfolgreich) angreifbar noch droht derzeit eine Korrektur durch die zuständige Behörde, die Federal Trade Commission. Interessanterweise beginnen die Gesetzgeber einiger Einzelstaaten, auf die Umweltwerbung neue, der deutschen Rechtsprechung vergleichbare Kriterien anzuwenden. Es ist aber auch hier nicht ersichtlich, daß die Verwendung von Motiven - wie in Fall I - die Untersagung einer (Unternehmens-)werbung rechtfertigt.<sup>30</sup>

### 3. Vorgehensweise

Die „commercial speech doctrine“ setzt zunächst die Annäherung an den Begriff „commercial speech“ voraus. In einem kurzen historischen Abriß sollen *die* Entscheidungen dargestellt werden, die es rechtfertigen, von einer gefestigten, regelbildenden Rechtsprechung („doctrine“) zu sprechen. Die oben vorgestellten The-

---

zusammenfassend und rechtspolitisch The American Law Institute, Restatement of the Law of Unfair Competition, Tentative Draft No.2, 1990.

*Vergleichende Werbung: Einführend und zur Geschichte der vergleichenden Werbung:* S. B.Conlon; Comparative Advertising: Whatever Happend To Brand X? TMR (Trademark Reporter) 67 (1977) 407; St Nye, In Defense of Truthful Comparative Advertising, TMR 67 (1977) 353. A. Robin /H. B.Barnaby, Comaparative Advertising: A Sceptical View TMR 67 (1977), 356. St. E. Sterk, The Law of Comparative Advertising: How much worse is better than great, TMR 67 (1977), 368.

Im Recht der einzelnen Staaten existieren vor allem hinsichtlich der vergleichenden Werbung, die Warenzeichen des Mitbewerbers einbezieht, teilweise "Anti-verwässerungs"- Gesetze; vgl. N. S. Greiwe, Antidilution Statutes: A New Attack on Comparative Advertising, 72 TMR 177, 179 zur Entwicklung der Antidilution-  
 theorie; zurückhaltend zu der Frage, inwieweit die Staaten durch Anti-Verwässerungsgesetze Inhabern von Warenzeichen auch Schutz vor der "Umwandlung" der Warenzeichen in "Gattungsbegriffe" (generics) kraft Verkehrsauffassung gewähren können D. S. Welkowitz, Reexamining Trademark Dilution, Vanderbilt Law Review 44 (1991) 531, 565ff. Er stellt die Werbefreiheit des ersten Zusatzartikels der Verfassung den Interessen der Inhaber von Warenzeichen entgegen und vergleicht letztere, die sich auf den Markt begeben mit "Personen des öffentlichen Interesses".

29 Dazu siehe im 1.Kapitel I.

30 P.J Tarnsey, Regulation of Environmental Marketing: Reassessing The Supreme Court's Protection Of Commercial Speech, Notre Dame -Law Review Vol. 69 (1993/94), 533, 536 ff.

sen werden dann anhand der „commercial speech doctrine“ des Supreme Court<sup>31</sup> belegt und vertieft. Die Rechtsprechungschronik ist von besonderem Interesse, weil sie Indizien dafür liefert, wie der Schutz der „commercial speech“ die verfassungsrechtliche „Meinungsfreiheit“ und die „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ verändern kann. *Den* Weg, den der Supreme Court gegangen ist, müssen BVerfG, EGMR und EuGH nicht beschreiten; das *Potential* eines „meinungsfreiheitlichen“ Schutzes von kommerzieller Sprache wird aber anhand des amerikanischen Beispiels deutlich. Der Abschnitt im Anschluß an die Darstellung der Rechtsprechung ist der Kritik am Supreme Court gewidmet.

## II. „Commercial speech Doctrine“ des Supreme Court

Dieser Abschnitt befaßt sich zunächst mit der Vorstellung der beiden Zusatzartikel („amendments“), die grundsätzlich auf *Bundesebene* für den Schutz kommerzieller Sprache in Frage kommen. Es handelt sich um den ersten und den fünften Zusatzartikel, also der Schutz der „freedom of speech“ und der Schutz von „liberty and property“ („wirtschaftliche Betätigungsfreiheit).

### 1. *Schutzbereich von „freedom of speech“ auf Bundesebene durch den ersten Zusatzartikel*

Grammatischer Ausgangspunkt *auf Bundesebene* ist der 1. Zusatzartikel der U.S.-amerikanischen Verfassung, das First Amendment von 1791:

„Congress shall make *no law* respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or *abridging the freedom of speech*, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.“

#### a) *Schutz von „speech“ als „Äußerung“*

Bereits die Formulierung dieses Zusatzartikels macht den Unterschied zu Art. 5 GG und Art. 10 EMRK deutlich: „Speech“ und nicht „freedom to hold opinions“ und oder „freedom of information“ („Meinungsfreiheit“, „Informationsfreiheit“ wie in Art. 5 Abs. 1 GG) oder „freedom of expression“<sup>32</sup> („Äußerungsfreiheit“ wie in Art. 10 Abs. 1 EMRK) ist Gegenstand der Gewährleistung. Dieser *grammatische* Unterschied von „Sprache“ auf der einen und Äußerungs- und Mei-

---

31 Einen Überblick über die damalige Rechtsprechung der Bundesgerichte zur commercial speech doctrine bietet die Anmerkung von E. H. Schopler, Applicability to Advertisements of First Amendment's Guaranty of Free Speech and Press - Federal Cases, 37 Lawyers' Edition Supreme Court Reports Second Series (L Ed 2d ), 1124. ff.

32 Im weitesten Sinne handelt es sich um eine Ausdrucksfreiheit. Im Rahmen der "meinungs- und informationsfreiheitlichen Perspektive des Grundgesetzes" wurde der Begriff wegen der besseren Vergleichbarkeit auf die "Äußerungsfreiheit" reduziert. Damit soll deutlich werden, daß das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" wie auch die "allgemeine Handlungsfreiheit" (Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)) nicht von der "Äußerungsfreiheit" umfaßt sind.

nungs- sowie Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 10 Abs. 1 EMRK“)<sup>33</sup> auf der anderen Seite ist wohl durch das unterschiedliche Alter der Rechtsordnungen erklärbar. Das Grundgesetz und die EMRK, die aus dem zwanzigsten Jahrhundert stammen, sind differenzierter und verfügen über eine moderne Struktur.

In der Teleologie besteht kein Zweifel, daß der 1.Zusatzartikel als Verankerung der verfassungsrechtlichen „Meinungs-, Presse-, Rundfunk-, Film- und Informationsfreiheit“ in den USA zu qualifizieren ist.<sup>34</sup> Dieses mixtum compositum verschiedener Bestandteile einer allgemeinen und übergeordneten Äußerungsfreiheit hat aber auch zur Folge, daß jeweils entschieden werden muß, in welchem Verhältnis das (meinungsfreiheitliche) Äußerungsinteresse zum (informationsfreiheitlichen) Rezipienteninteresse steht.

Die grammatische Beschränkung auf die „Sprache“ zwang den Supreme Court auch zur Stellungnahme, inwieweit *Tätigkeiten* mitgeschützt sind. Im Ausgangspunkt war nur die „Sprache“ geschützt. Und obwohl der Supreme Court schon seit langem in der Sache eine Äußerungsfreiheit schützt, hält er am veralteten Sprachgebrauch der „freedom of speech“ fest. Dies gilt auch, obwohl die Rechtsfortbildung längst fortgeschritten ist und sich immer mehr die Frage stellt, ob der 1.Zusatzartikel nicht nur zu einer „Äußerungs“- , sondern zu einer allgemeinen „Ausdrucksfreiheit im Sinne auch einer Betätigungsfreiheit“ („freedom of expression“) wird.

#### b) Schutz von „speech“ versus „conduct“

Der Supreme Court beschränkt sich in seiner Konkretisierung der „speech“ nicht auf die Redefreiheit, sondern auf sämtliche Arten des sprachlichen und nicht-sprachlichen Ausdrucks.<sup>35</sup> „Speech“ *hört aber da auf, wo „conduct“ (Tun) beginnt*. Und das ist auch nach Meinung eines amerikanischen Lehrbuchautors eine schwierige Trennung.<sup>36</sup> Der Supreme Court hat diese Unterscheidung<sup>37</sup> zum An-

---

33 Dazu siehe im 5. und 7.Kapitel.

34 Einen Überblick über den damaligen äußerungsfreiheitlichen Schutz und der Rechtsprechung des Supreme Courts bietet G.H.Gornig, Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte, 1988, S. 511 - 535 und H.J.Bourguignon, The United States Supreme Court and Freedom of Expression October Term 1992, Human Rights Law Journal 1994, 137.

35 Justice J.P.Stevens, The Freedom of Speech, Yale Law Journal 1992/1993 2.Band, 1293, 1298 m.w.N. Vgl. für den äußerungsfreiheitlichen Schutz von Filme J.Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495, 502 (1951), wo der Schutzbereich von "free speech and free press guaranty" bejaht wird. Der Supreme Court hält allerdings in einer neueren Entscheidung an der unterschiedlichen Behandlung der Medien fest (American Civil Liberties Union et al. v. J.Reno, 138 L Ed 2d 874 unter V" "...we observed that each medium of expression ... may present its own problems." Thus some of our cases have recognized special justifications for regulation of the broadcast media that are not applicable to other speakers...").

36 Vgl. L.H.Tribe, American Constitutional Law, 1988, S. 829 ff. Justice J.P.Stevens, The Freedom of Speech, Yale Law Journal 1992/1993 2.Band, 1293, 1298 zweifelt unter Hinweis auf Clark v.Community for Creative Non-Violence, 486 U.S. 288 (1984), ob das Schlafen in einem öffentlichen Park von der Äußerungsfreiheit umfaßt ist.

laß genommen, daß eine „Grundrechts“verwirklichung durch eine Kombination von „Sprache und Tun“ weitergehenden Beschränkungen unterliegt als die Grundrechtsverwirklichung durch „Sprache pur“. „Sprache und Tun“ können nur einen geringeren Schutz- und effektiven Garantiebereich beanspruchen. Für den äußerungsfreiheitlichen Schutz von Werbung kann diese Betrachtung wichtig werden, weil Werbung auf die Bewirkung eines Verhaltens („Nachfrage“ statt „geistige“ Überzeugung) zielt.

Bei der Kombination von „Sprache und Tun“ sind grundsätzlich mehrere Relationen vorstellbar:

(1) „*Sprache in der Form von Tun*“. Ein Beispiel ist das öffentliche Verbrennen von Musterungsausweisen („draft cards“) in der Vietnam-Ära oder das Anzünden eines Kreuzes im Vorgarten einer schwarzen Familie. Bei dieser Fallgestaltung fallen „conduct“ und „speech“ zusammen, weil das (öffentliche) Verbrennen konkludente Meinungsäußerung ist<sup>38</sup> und **deshalb eine Trennung von Sprache und Tun nicht möglich ist** („symbolic speech“ oder „expressive conduct“<sup>39</sup>). Der Supreme Court hat hier den Tätigkeitsaspekt in seiner Begründung maßgeblich berücksichtigt, um eine Sanktion als verfassungsgemäß beurteilen zu können. Hier kann man sehr skeptisch sein, ob „Sprache in der Form von Tun“ *grundsätzlich* („effektiver Garantiebereich“) weniger geschützt ist als Sprache „pur“.<sup>40</sup> Festzuhalten ist, daß bei „Sprache in der Form

---

37 Die Unterscheidung von "speech" und "conduct" hat Auswirkungen auf den Schutz-, wie den Garantiebereich, soweit irreführende Sprache vom Schutzbereich ausgenommen wird oder soweit die Kombination von "Tun und Sprache" in geringerem Maß garantiert wird. Die Unterscheidung bereits bei der Diskussion des Schutzbereichs (siehe die Überschrift II1) vorgestellt, weil sie auch die Entwicklung des Schutzes von Sprache als Teil einer Äußerungsfreiheit verdeutlicht.

38 Das Verbot des Verbrennens der Musterungsausweise war im Interesse eines funktionierenden Militärs verfassungsgemäß (D.P.O' Brien v.United States, 391 U.S. 367, 376 (1968). Zu den Schwierigkeiten einer Trennung von speech und conduct J.H.Ely, Flag Desecration: A Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis, Harv.L.Rev. 88 (1975) S. 1482, 1495 f). Siehe auch den Fall des Verbrennens eines Kreuzes (Symbol des Ku-Klux Klan) auf dem Grundstück einer schwarzen Familie, das der Staat Minnesota durch eine Verordnung („ordinance“) zu sanktionieren suchte, die speziell die Sprache durch symbolisches Tun („fighting words“) die zum Rassenhaß aufstachelte, erfaßte. Der Supreme Court hat im Ergebnis entschieden, daß diese Differenzierung zwischen Rassen- und etwa Geschlechterhaß („Diskriminierung von Homosexuellen“) die Prinzipien des ersten Zusatzartikels „in Brand setzen würden“ (R.A.V.v.St.Paul, 120 L Ed 2d 305, 326).

39 Zur „fighting words doctrine“ R.A.V.v.St.Paul, 120 L Ed 2d 305, 318.

40 Konkret kann die unmittelbare Verletzung von fremden Eigentum (Musterungskarte) als Bestandteil der Sprache Indiz für die Zubilligung eines geringeren Schutzes sein. Dieses Indiz fehlt allerdings in den berühmten "Flaggenverbrennungsfällen", in denen die Beschwerdeführer ihnen gehörende, amerikanische Flaggen verbrannten. Auch dort hat der Supreme Court unter Eindruck der O'Brien Entscheidung Zurückhaltung bei der Annahme der Verfassungswidrigkeit der Verbote, Flaggen zu verbrennen, gezeigt; dazu J.H.Ely, Flag Desecration: A Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis, Harv.L.Rev. 88 (1975) S. 1482, f m.w.N.

von Tun“ der „meinungsfreiheitliche“ Schutz nicht verloren geht. Es handelt sich um Einzelfallfragen. Das Gleiche gilt für die nächste Relation.

- (2) „*Tun als (gleichzeitiger) Bestandteil von Sprache*“. In dieser Fallgruppe ist die Trennung von Sprache und Tun möglich. Typisch ist, daß das Tun *Bestandteil und Mittel der Effektivierung der* sprachlichen Äußerung ist, wie etwa das mit sich Tragen von Schildern, die Meinungen enthalten bei Demonstrationen oder das Tragen von Vermummungen bei diesem „picketing“. Sehr weitgehend hat der Supreme Court inzwischen auch Peep-shows in Buchläden, die gegen Münzeinwurf einen Blick auf Nacktänzerinnen eröffneten, als vom 1. Zusatzartikel geschützt gesehen.<sup>41</sup> Damit wird eine zunehmende Nivellierung des Unterschiedes von Sprache und Tun deutlich. Es handelt sich in diesem Bereich um Einzelfallfragen, die eine *prinzipielle* Aussage zur Verminderung des effektiven Garantiebereichs nicht ermöglichen.
- (3) „*Tun als (vorzeitige) Voraussetzung von Sprache*“. Bei dieser dritten Relation ist das Tun Voraussetzung für die sprachliche *Äußerung*, wie etwa die Möglichkeit „Meinungen“ in Briefkästen *zu werfen* oder sich auf Flugplätze begeben und dort *aufzuhalten, um* Passagiere für religiöse Belange anzusprechen.<sup>42</sup> Grundsätzlich handelt es sich nicht um den inhaltlich bestimmte Kernbereich der Äußerungsfreiheit. Sie entfaltet aber Fernwirkungen und es besteht nach der Rechtsprechung des Supreme Court der Schutz nach dem 1. Zusatzartikel. Dieser Schutz ist *grundsätzlich geringer*, soweit es sich um sogenannte „time, place, manner“-restrictions<sup>43</sup> handelt, die inhaltlich neutral sind („content neutral“<sup>44</sup>) und sich nur auf die Art und Weise der Äußerung beziehen. Der Supreme Court trägt dieser Zugehörigkeit zur Schnittmenge des Schutzes von Sprache auf der einen und Betätigung auf der anderen Seite durch die Reduzierung des „effektiven Garantiebereichs“ Rechnung. Der Supreme Court hat sich in einem Fall mit *der persönlichen Verkaufsförde-*

---

41 J.F.Schad v. Borough of Mount Ephraim 452 U.S.671, 678 (1981), wobei es sich bei dem Verbot durch eine baurechtliche Nutzungssatzung vorrangig - in deutscher Terminologie - um eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes im Vergleich zu sonstiger kommerzieller Betätigung handelte.

42 Bei der Freiheit des Briefkastenzugangs handelt es sich um meinungsfreiheitliche "*Vorfeldtätigkeiten*"; würden sie nicht geschützt, bestünde die Gefahr, daß Meinungsfreiheit durch Tätigkeitsbeschränkung im Keim erstickt und damit nicht mehr justitabel wäre.

43 Bei der Kombinationen von "Tun und Sprache" handelt es sich allerdings nur um eine Teilmenge der "time, place, manner"-restrictions, weil beispielweise "time restrictions" (keine Regierungswerbung in der Wahlkampfzeit) auch ohne Tätigkeitsaspekt vorstellbar sind.

44 Etwa Intern.Soc.for Krishna Consciousness v.Lee, 112 S.Ct.2709, 2711 (1992) differenziert zwischen unterschiedlichen Formen des "public forum". E.Kagan, Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine, Chicago Law Review 1996, 413, 443 - 461 mit der weiteren Differenzierung, die zu "inhaltlich neutralen Gesetzen" führt, die "der Einschränkung der Meinungsfreiheit" verdächtig sind. Das gilt insbesondere für unbestimmte Rechtsbegriffe ("laws conferring discretion", S.456) und wäre diesem Ansatz zufolge auch für § 1 UWG zu bejahen.

*run*<sup>45</sup> befaßt. So gab ein Aquisitionsbesuch eines Anwalts am Krankenbett seiner Mandantin („conduct“) Anlaß festzustellen, daß bei der persönlichen Kontaktaufnahme die Sprache ein wesentlicher, aber untergeordneter Gesichtspunkt sei. Diese untergeordnete Bedeutung führe aber nicht dazu, daß insoweit der Schutz der „Meinungsfreiheit“ verloren ginge. Geändert werde nur das *Maß* der gerichtlichen Überprüfung; respektive die Anforderungen, die das Gericht an den werbungsbeschränkenden Staat stellt. Hier wiederholt sich das bereits oben für die nicht kommerzielle Sprache erwähnte Argumentationsschema, das den Kontext mit Tun „meinungsfreiheitsschutzmindernd“ berücksichtigt. Diese grundsätzliche Verminderung des Schutz- wie des effektiven Garantiebereichs müßte auch für das Sponsoring, das zu seiner Erfüllung Tätigkeitsaspekte voraussetzt (Real- oder Geldsubventionen), gelten.

## **2. Schutz von „liberty“ und „property“ auf der Bundesebene nach dem fünften Zusatzartikel**

Eine „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ ist im Rahmen des fünften Zusatzartikels von 1791 geschützt, der lautet:

„No person shall ... be deprived of life, *liberty*, or *property*, without *due process of law*, nor shall private property be taken for public use without just compensation“<sup>46</sup>.

„Liberty“ und „property“ sind die Grundlage eines Schutzes der (wirtschaftlichen) Betätigungsfreiheit.<sup>47</sup>

Die *konstruktive Ausgangslage* - Schutz der „Meinungsfreiheit“ und der „Betätigungsfreiheit“ in unterschiedlichen Vorschriften - haben amerikanisches und deutsches Verfassungsrecht damit gemeinsam. Im folgenden Abschnitt soll der Umfang der effektiven Garantiebereiche untersucht werden.

## **3. Grammatische und systematische Auslegung: Schrankendivergenz von „Äußerungsfreiheit“ und „(wirtschaftlicher) Betätigungsfreiheit“ wie in der deutschen Verfassung (Art. 5 Abs. 2 und Art. 12 Abs.1 S.2 GG)**

Art. 5 Abs. 2 GG verlangt ein „allgemeines Gesetz“, das materiell nach überwiegender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung höheren Anforderungen genügen

---

45 Ohralik v. Ohio State Bar Assn. 463 U.S. 447, 468 (1977).

46 Ergänzt durch den 5. Zusatzartikel von 1791 "nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law". Der Unterschied zum 14. Zusatzartikel ist, daß der 5. Zusatzartikel sich auf den Bundesstaat, während der 14. Zusatzartikel sich auf die einzelnen Staaten bezieht.

47 Allgemein H.Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, 1961, und im besonderen ab S. 269.

muß, als das die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) einschränkende Gesetz.<sup>48</sup>

a) *Schrankendivergenz von „Äußerungsfreiheit“ und „(wirtschaftlicher) Betätigungsfreiheit“ auf der Bundesebene*

In einer grammatischen Auslegung ist die Schrankendivergenz von „Äußerungsfreiheit“ und „wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit“ evident, wie der Vergleich von „no law“ („kein Recht“) auf der einen und „without due process“ („nicht ohne ordnungsgemäßes Verfahren“) auf der anderen Seite zeigt.<sup>49</sup> Zu ergänzen ist allerdings ein konstruktiver Unterschied: ***Diese Gemeinsamkeit zwischen deutschem und amerikanischen Verfassungsrecht gilt zunächst nur für das Verfassungsrecht auf Bundesebene.***

b) *Schutzbereiche und Schrankendivergenzen aufgrund der Geltung der bundesstaatlichen Verfassung auf Staatenebene*

Der 1. Zusatzartikel, der die „Meinungsfreiheit“ schützt, wendet sich explizit nur gegen Recht, das der „Kongreß (unter Mitwirkung des Senats)“ der Vereinigten Staaten erläßt. Für Rechtssetzungsakte der *Einzelstaaten („states“)* gilt der erste Zusatzartikel nicht. Die amerikanische Verfassung kennt hier aber eine Erstreckungssystematik, nämlich den 14. ***Zusatzartikel von 1868***, der lautet:

***„...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law.“***

Der Schutz der Äußerung durch den 1. Zusatzartikel gehört zu der Freiheit („liberty“), die der 14. Zusatzartikel schützt.<sup>50</sup> ***Die Schrankendivergenz zwischen „Meinungsfreiheit“ und „wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit“, die für die Bundesebene klar erkennbar ist, ist damit auf Staatenebene grammatisch nicht feststellbar.*** Auch für die „Äußerungsfreiheit“ gilt ***in einer grammatischen Auslegung*** nur die „due process“- Voraussetzung für die Einschränkung. In der Rechtsprechung des Supreme Courts läßt sich indes eine ***unterschiedliche*** Behandlung von bundesrechtlichen und staatenrechtlichen „Äußerungs“beschränkungen,<sup>51</sup> insbesondere Werbebeschränkungen, nicht nachweisen.<sup>52</sup> Die „due

48 Dazu siehe im 7.Kapitel.

49 Die due process- Klausel hat sich inzwischen vom prozeduralen zum materiellen "Test" entwickelt. Die historische Entwicklung beschreibt W.Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA 1993, S. 96- 102; L.H.Tribe, American Constitutional Law , 1988, 560-586 beschreibt die Entwicklung vor, in und nach "Lochner v. New York", dazu siehe unter III 1.

50 Board of Education Island Trees Union Free School Dist. No. 26 v.Pico, 457 U.S. 853, 855 (1982); Grosjean v.American Press, 297 U.S. 233 233, 244 (1936); Gitlow v.New York, 268 U.S. 652, 666 (1925) siehe auch Whintney v.California, 274 U.S. 357, 371 (1927).

51 Daß "Liberty" auch auf Staatenebene "symbolic speech" umfaßt, zeigt wiederum ein Fall aus der Vietnam-Ära, als das Tragen schwarzer Trauerbinden durch Schüler als vom "mittelbaren" Schutz des ersten Zusatzartikels umfaßt, angesehen wurde. Das Verbot des Tragens der Armbinden war verfassungswidrig, wobei die besonderen Umstände des Falles (Verbot *nur* der Armbinden und Zulässigkeit sonstiger Buttons wie auch Pins (Eisernes

process“ Klausel verbirgt damit eine Differenzierung nach der Art der eingeschränkten Freiheit. Wird die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit („property“) beschränkt, dann gilt „due process“; wird in die Äußerungsfreiheit eingegriffen, findet sinngemäß die Schranke des „no law“ Anwendung. De facto und de jure existiert damit die oben geschilderte Divergenz der Schutz- und der effektiven Garantiebereiche von „Äußerungsfreiheit“ und „wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit“ auch auf Staatenebene.

#### 4. *Gehalt der Schranken: der effektive Garantiebereich*

Es mag ungewöhnlich sein, die Frage nach den Schranken vor der Frage nach dem Begriff von „commercial speech“ zu stellen. Das zentrale Interesse der „Grundrechtsberechtigten“ an einem „äußerungsfreiheitlichen“ Schutz der Werbung ist die Vergrößerung des effektiven Garantiebereichs - und der wird von den Schranken bestimmt. Bevor also die Annäherung an den Begriff der „commercial speech“ erfolgt, soll der „effektive Garantiebereich“, den die amerikanische Verfassung vermitteln kann, skizziert werden.

##### a) *Nicht-kommerzielle Äußerungsfreiheit im 1. Zusatzartikel: „no law“*

Wenn das wörtlich zu nehmen wäre, wäre die Äußerungsfreiheit eine schrankenlose Freiheit.

##### aa) „Some law“ im Gegensatz zu „no law“

Der Wortlaut des Schrankenverbots ist wesentlich strikter als Art. 10 Abs. 2 EMRK oder Art. 5 Abs. 2 GG. Auch der Supreme Court kann indes - entgegen dem Wortlaut der Norm - nicht umhin,<sup>53</sup> Beschränkungen der Äußerungsfreiheit durch Recht („law“), insbesondere Gesetze (acts, statutes), zuzulassen. Die Aussage „kein Recht“ kann damit nicht wörtlich verstanden werden. Das Verbot rededemokratieeinschränkenden Rechts ist allerdings immer noch der Hintergrund für eine weitere Differenzierung, die das Gericht vornimmt. Es unterscheidet nach der

---

Kreuz) wohl ausschlaggebend waren J.F.Tinker v. Des Moines Independent Community School District 393 U.S. 503, 510, 514 (1969).

52 Siehe hierzu auch den erfolglosen Versuch, das Verbot der Alkoholprozentangabe auf Bierflaschen unter Hinweis auf die einzelstaatliche Kompetenz zu rechtfertigen R. E. Rubin, Secretary of the Treasury v. Coors Brewing Company 131 L. Ed. 2d 532, 541 "subject of course to the same First Amendment restrictions that apply to the Federal Government". Zu der verfassungsrechtlichen Problematik der Alkoholwerbung Th.Lundmark, Die Freiheit der Werbung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der amerikanischen Rechtsprechung, VerwArch 35 (1996), 522, 529. Justice J.P.Stevens, The Freedom of Speech, Yale Law Journal 1992/1993 2.Band, 1293, 1298 hält die durch den 14.Zusatzartikel erfolgende Verschmelzung der Schutzbereiche von Äußerungs- und Betätigungsfreiheit für einen Grund, weshalb auch auf Bundesebene die Grenze zwischen Sprache und Tun kaum Konturen aufweise.

53 Zur Theorie des "absoluten" Schutzes der Redefreiheit in Literatur und Rechtsprechung vgl. G.H.Gornig, Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte, 1988, S. 520 f.

Wirkung eines „Gesetzes“ zwischen Regelungen des *Äußerungsinhalts*<sup>54</sup>, der „Art“ der Äußerung („time, place, manner restrictions“)<sup>55</sup> und des *Verhaltens im Kontext einer „Äußerung“*. Für die *erste Kategorie* - inhaltsbeschränkendes Recht von nicht-kommerziellen Äußerungen - hat sich, der „Staatsziel“bestimmung „no law“ folgend, ein besonders strikter Test entwickelt.

bb) Strenge Überprüfung („strict scrutiny“) bei Recht, das den „Äußerungsinhalt“ einschränkt

Qualitativ wird das den Äußerungsinhalt berührende Recht einem „*strict scrutiny*“ test unterworfen, der voraussetzt, daß eine

- *klar erkennbare, gegenwärtige und erhebliche* Gefahr für das Allgemeinwesen („clear and present danger-test“) *von der „Äußerung“* ausgeht<sup>56</sup> und
- dieser Gefahr *nur durch Einschränkungen der Sprache* begegnet werden kann („least restrictive alternative“).<sup>57</sup>

Einschränkungen der „commercial speech“ müssen nach der bisherigen Rechtsprechung diesen Test nicht bestehen. Dies mag damit zusammenhängen, daß die wirtschaftliche Betätigung einem anderen Schrankenregime unterliegt.

b) *Wirtschaftliche Betätigung des 5. und 14. Zusatzartikel: „Due process“*

Demgegenüber gilt für die „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ die „due process-Klausel“ und zwar sowohl für Bundes- als auch Staatenrecht. Diese Klausel beschränkt sich zwar längst nicht mehr auf die Einhaltung des ordnungsgemäßen Verfahrens („*due process*“) bei der Einschränkung von Rechten. Ihr prozeduraler Ursprung reduziert allerdings immer noch die materiellen Anforderungen, wenn nur

- (1) der Schutz eines Allgemeininteresses und
- (2) die nicht erwiesene Ungeeignetheit der Beschränkung für die Erreichung dieses Ziels verlangt wird.

---

54 Dazu, daß der Meinungsinhalt zumindest in multikulturellen Gesellschaften keine Beurteilungsgrundlage sein kann, sondern nur die Folgen (consequentialist approach) der Äußerung, E. Benvenisti, *Freedom of Speech in a Divided Society: Reflections after the Assassination of Prime Minister Rabin*, ZaÖRV 57 (1998), 805, 818, 833.

55 *Bolger v. Youngs Drug Corp.* 463 U.S. 60, 65 (1982); L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 1988, S. 789, 794 ff. Einen Überblick bietet W. Brugger, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 1993, S. 135 - 148. Zu den allgemeinen Gesetzen ("neutral laws of general applicability") siehe den Fall der Vorenthaltung einer "Baugenehmigung" *City of Boerne v. P.F. Flores* 138 L Ed 2d 624.

56 Zum möglichen Einfluß von Sprache in einem israelischen Beispiel E. Benvenisti, *Freedom of Speech in a Divided Society: Reflections after the Assassination of Prime Minister Rabin*, ZaöRV 57 (1998), 805, 818, 833 ff zu der Frage, inwieweit Ministerpräsident Rabin ein Opfer von "Sprache" geworden ist.

57 Dazu E. Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, *Pennsylvania Law Review*, 1996, 2417, 2424 ff mit Beispielen, wann die "strict scrutiny" versagt und verfassungswidrige Beschränkungen erlaubt. Grundsätzlich L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 1988, S. 791 ff m.w. N. W. Brugger, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, S. 90 ff.

Es wird so ein im Vergleich zu Art. 12 Abs.1 S. 2 GG abgemilderter (ohne die Dreistufentheorie<sup>58</sup>) „rational basis test“ durchgeführt, der auch den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen bei Einschränkungen der Betätigungsfreiheit und Eigentumsfreiheit<sup>59</sup> ähnlich ist. Legitime öffentliche Interessen müssen die Beschränkung rechtfertigen. Deutlich ist damit, daß konstruktiv - cum grano salis - auch inhaltlich eine Vergleichbarkeit der Divergenzlage zwischen den Schranken von Art.5 Abs.2 und Art.12 Abs.1 S.2 GG angenommen werden kann.

c) *Lösung der Schrankendivergenz durch den Supreme Court - der „intermediate scrutiny test“*

Die beiden Kategorien („strict scrutiny“ und „rational basis“) wurden vom Supreme Court für die „commercial speech“ zum „intermediate scrutiny test“<sup>60</sup> verschmolzen. Die kommerzielle Sprache - und in den Fällen des Supreme Court ging es nur um Werbung (und nicht etwa Public Relations) - kann nur eingeschränkt werden, wenn

- (1) das vom Staat (von den Staaten) behauptete **öffentliche Interesse erheblich bzw. wesentlich ist** („substantial interest“),
- (2) die Werbebeschränkung **geeignet** ist, dieses Interesse zu wahren („reasonable fit“)
- (3) und die **Werbebeschränkung auf das „Notwendigste“ zur Wahrung dieses Interesses beschränkt ist** (also nicht in sich exzessiv ist („overbreadth“)). Gemeint ist hiermit, daß etwa Werbeverbote erlassen werden, obwohl Werbebeschränkungen ausreichen. Erst 1993 hat der Supreme Court verlangt, daß die Beschränkung der „kommerziellen Sprache“ **insgesamt die Alternative darstellt, die (alle) Grundrechte („fundamental rights“) am wenigsten verletzt** („least restrictive alternative“).<sup>61</sup> Vorher hatte er die Existenz anderer Alternativen („less restrictive means“) **nicht ausreichen lassen**<sup>62</sup>, um eine Werbebeschränkung als verfassungswidrig zu qualifizieren.

Das kommunikationspolitische Element der Werbung wird also in der Rechtsprechung des Supreme Court deutlich gegenüber den anderen Elementen des Marketing-Mix privilegiert. Zum einen muß ein „erhebliches“ Allgemeininteresse geschützt werden und zum anderen muß es sich um eine verhältnismäßige Einschränkung handeln. Voraussetzung des Anspruchs auf Überprüfung der werbe-

58 Siehe aber die Nachweise bei W.B.Lockhart/Y. Kamissar/J.H.Choper, St.H.Shiffrin, Constitutional Law, 1986 , S. 395, in denen der Supreme Court Zugangsregelungen und -verbote ("entry into business") verworfen hat.

59 W.B.Lockhart/Y. Kamissar/J.H.Choper, St.H.Shiffrin, Constitutional Law, 1986 , S. 401 ff stellen sogar die Frage, inwieweit der Gerichtshof seine Jurisdiktion bei der wirtschaftlichen Lenkung aufgegeben hat.

60 Central Hudson Gas & Elec. v. Public Service Commission, 447 U.S. 557, 564 (1979).

61 City of Cincinnati v. Discovery Network Inc.113 S.Ct. 1505, 1511 (1993) kritisiert vom dissenting Chief Justice Rehnquist. Siehe vorher Board of Trustees of State Univ. of New York v. Fox 492 U.S. 469, 477 f (1989), wo dieser Test bei einem örtlichen Verbot ("place restriction", Verbot der Werbung gegenüber Studenten in den universitätseigenen Wohngebäuden ) von "commercial speech" abgelehnt wurde.

62 Dazu siehe unter II 7.

einschränkenden Gesetze durch den „intermediate scrutiny test“ ist, daß es sich um „commercial speech“ handelt.

### 5. „Commercial speech“ in ihren Unterschieden zu „nicht-kommerzieller Sprache“

Die amerikanische Verfassung schützt „speech“<sup>63</sup> und insoweit bedarf eine Differenzierung von „kommerzieller“ und „nicht-kommerzieller Sprache“ der Rechtfertigung. Worin unterscheidet sich also „commercial speech“ von anderer Sprache?. Der Supreme Court hat in der berühmten Fußnote<sup>64</sup> der Entscheidung „Virginia Pharmacy v. Virginia Consumer Council“ drei Argumente vorgebracht:

#### a) Kontrolle des Äußernden über den Wahrheitsgehalt der Aussage

Die Informationen, die man über sein eigenes Produkt oder Unternehmen gibt, sind auf ihren Wahrheitsgehalt eher zu überprüfen als Aussagen über die Produkte und Unternehmen anderer. Die Kompetenz des Äußernden hinsichtlich des Wahrheitsgehalts der Äußerung sei - so der Supreme Court - bei kommerzieller Sprache größer als bei sonstiger Sprache und **rechtfertige deshalb eine Verpflichtung zur Wahrheit.**

#### b) Keine Eilbedürftigkeit

Im Bereich der Medienfreiheiten ist einsichtig, daß eine aktuelle Berichterstattung nicht durch überspannte Wahrheitspflichten unmöglich gemacht werden darf. Etwas anderes gelte aber bei Werbekampagnen, die vor der Markteinführung langfristig und auch sonst mittelfristig geplant werden. Insoweit könne dem Werben- den zugemutet werden, die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen zu prüfen, bevor die Werbekampagne veröffentlicht wird.

#### c) Keine Gefahr der Entmutigung des Äußernden („no risk of chill“)

Der Supreme Court bezeichnet Werbung als „sine qua non“ wirtschaftlicher Betätigung. Die Gefahr einer **Entmutigung** des Äußernden durch eine Wahrheitspflicht, die mit entsprechenden Gerichtsverfahren kostenträchtig<sup>65</sup> durchgesetzt wird, bestünde deshalb - anders als bei sonstiger Sprache - nicht.<sup>66</sup> Die höhere **Resistenz** kommerzieller Sprache gegenüber staatlicher und privater Kritik und Intervention rechtfertigt damit höhere Anforderungen an die Wahrheitspflicht bei kommerzieller Sprache. Unzutreffende und irreführende Werbung wird deshalb

---

63 Im 14. Zusatzartikel "liberty"; dazu siehe oben II 2.

64 Va. Pharmacy BD. v. Va. Consumer Council, 425 U.S. 748, 771 Fn. 24.

65 Auch wenn die Kostenerstattung an den obsiegenden Teil in den Staaten und im Bundesrecht oft nicht erfolgt (anders als bspw. § 91 ZPO) und deshalb die Kosten bei den Parteien verbleiben, kann dieses Argument auch im deutschen Recht Berechtigung haben. Auch ein Prozeßkostenrisiko kann ein Klima der Abschreckung erzeugen.

66 Va. Pharmacy BD. v. Va. Consumer Council, 425 U.S. 748, 771 Fn.24 (1977).

„meinungsfreiheitlich“ nicht geschützt, während unzutreffende und irreführende „nicht-kommerzielle Sprache“ geschützt wird. Schlagwortartig umrissen lautet das Credo des Supreme Court, daß nur im Bereich der „nicht-kommerziellen Sprache“ ein „Recht auf Irrtum“ im Sinn einer „falschen Idee“ existiert.<sup>67</sup>

d) *Keine Positiv-Definition der „commercial speech“*

Diese Kriterien begründen die unterschiedliche Beurteilung von „commercial“ und „non commercial speech“, sie definieren sie aber nicht.<sup>68</sup> An der Einsicht, daß „kommerzieller Sprache“ wie Sprache überhaupt definitionsresistent ist, hat der Supreme Court festgehalten und sich statt einer Definition auf die Suche nach Kriterien begeben.<sup>69</sup> Im Ergebnis trifft er die Unterscheidung nach dem gesunden Menschenverstand („common sense“) und gesteht ein, daß ein grundsätzlicher Unterschied oft nicht bestehe („matter of degree“).<sup>70</sup>

aa) Begründung der Vermutung für „commercial speech“ bei Vorliegen von drei Kriterien

Eine *Vermutung*<sup>71</sup> für das Vorliegen von „commercial speech“ besteht nach der Rechtsprechung des Supreme Court dann, wenn

- (1) der *Einsatz bezahlter Werbemittel und -träger*<sup>72</sup>
- (2) der *Bezug auf eine bestimmten Ware oder Dienstleistung* und
- (3) die *ökonomische Motivation des sich Äußernden* vorliegen.<sup>73</sup>

---

67 "Under the First Amendment there is no such thing as a *false idea*. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas. But there is no constitutional value in false statements of fact. Neither the intentional lie nor the careless error materially advances society's interest in "uninhibited, robust and wideopen" debate on public issues." New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 254, 270 (1964) und E. Gertz v. R. Welch, 418 U.S. 323, 339.

68 Eine Definition der "commercial speech" hat der Supreme Court eher *negativ* gegeben: So wolle der Apotheker in "Virginia Pharmacy" "*nicht über eine Person, kulturelle, philosophische oder politische Angelegenheit*" sprechen, sondern nur eine geschäftliche Transaktion fördern: "Ich werde Ihnen die X Arznei zum Y Preis verkaufen" (Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council 425 U.S. 748, 761 (1976)).

69 Wegen der "commercial speech doctrine" sah sich der Supreme Court gezwungen, Inhalt und Art von Meinungsäußerungen voneinander zu unterscheiden und daran unterschiedlich Rechtsfolgen zu knüpfen. Das us-amerikanische Verfassungsrecht kennt keine differenzierte, Art. 10 Abs. 2 EMRK oder 5 Abs. 2 GG vergleichbare, Schrankenbestimmung - "no law"- so daß die Grenzen zwischen Schutzbereichseröffnung und effektivem Garantiebereich schwerer wahrnehmbar sind.

70 City of Cincinnati v. Discovery Network Inc. 113 S.Ct. 1505, 1513 (1993)

71 Siehe aber City of Cincinnati v. Discovery Network Inc. 113 S.Ct. 1505, 1511 (1993), in der das Gericht es nicht für ausschlaggebend hält, daß

- (1) Geld für die Verbreitung der Äußerung investiert wird,
- (2) der Werbeträger gewinnorientiert ist,
- (3) die Sprache monetäre Unterstützung verlangt
- (4) der Gegenstand der Äußerung kommerzieller Natur ist.

72 "Advertisement" umfaßt wohl im hier verstandenen Sinne jeden bezahlten Werbemittel und Werbeträgereinsatz.

Da der Supreme Court *jeder Werbung, so geschmacklos und exzessiv sie auch sei, einen potentiellen Informationswert beimißt*<sup>74</sup>, stellt sich auch bei minimalen „Meinungsinhalten“ nicht das Problem, ob sie aus dem Schutz der commercial speech auszunehmen sind. Das ist indes eine Frage, die von der deutschen Literatur für Art. 5 Abs. 1 GG problematisiert wird. Der Schutz des 1. Zusatzartikels kommt deshalb auch Berufsbezeichnungen zugute.<sup>75</sup> Überspitzt formuliert ist jede Werbung „äußerungsfreiheitlich“ geschützt, soweit sie den Inhalt hat: „Mich oder mein Produkt gibt es (zu diesem Preis)“. In ihrer Tendenz sprechen diese Argumente für ein vorrangiges Abstellen auf den *Werbungsinhalt (2) unter Hinzuziehung formaler Argumente der Werbemittel und Werbeträger (vor allem (1))*.

bb) Inhaltliches Kriterium: „non commercial speech“ bei Sprache im öffentlichen Interesse

Neben diesen Vermutungskriterien kann man festhalten, daß der Begriff „commercial speech“ vorwiegend *funktional-schutzbezogen (teleologisch)* geprägt ist. „Speech“ wird nach der Rechtsprechung des Supreme Court wegen

- ihrer Funktion für die Demokratie<sup>76</sup> und
- die pragmatische Bewältigung des Alltags geschützt.

Folglich kann ein auch „Unternehmen“ - unbeachtlich der Form, Motive und Folgen der Sprache - „äußerungsfreiheitlichen“ Schutz beanspruchen, wenn es Angelegenheiten erörtert, *die im öffentlichen Interesse („public interest“)* sind. Das öffentliche Interesse an Sprache besteht in der

*„Information, die gebraucht wird oder nützlich ist um die Mitglieder der Gesellschaft in die Lage zu setzten, die Probleme ihrer Zeit zu bewältigen“*<sup>77</sup>.

Bei dieser „Sprache im öffentlichen Interesse“ handelt es sich immer um „(non commercial) speech“, und nie um „commercial speech“.

cc) Zusammenfassung

Jedenfalls in den Anfängen der Rechtsprechung ist anerkannt, daß „nicht-kommerzielle Sprache“ einen anderen Schutz braucht als „kommerzielle Sprache“, damit sie am Meinungs- und Informationsmarkt präsent sein kann. Und diese unterschiedliche Funktion der Rechtsprechung und des Staates, die die *Irrtümer und Unwahrheiten bei der nicht-kommerziellen Sprache der Gesellschaft* überlassen müssen und *bei der kommerziellen Sprache paternalistisch unterbin-*

---

73 Bolger v. Youngs Drug Products Corp. 463 U.S. 60, 66,f (1982).

74 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council 425 U.S. 748, 765 (1976),

75 S. Ibanez v. Florida Department of Business and Professional Regulation, Board of Accountancy, Urt.v.13.6.1994, das das Führen eine Marke zum Gegenstand hatte, die mit einer öffentlich geprüften Berufsbezeichnung verwechselbar war (certified public accountant (CPA) und certified financial planner (CFP)).

76 Hier sind die Äußerung des Supreme Court, des EGMR und des BVerfG sinnidentisch. Dazu im einzelnen im 7.Kapitel.

77 Bolger v. Youngs Drug Products Corp. 463 U.S. 60, 68 (1982); siehe dort die Fn. 15.

*den dürfen ist prägend.* Die Trennung beider Sprachformen ist deshalb vor allem Ausdruck des unterschiedlichen Umgang mit (der *Gefahr*) irreführender oder unzutreffender „Sprache“<sup>78</sup>.

Ein praktischer Grund, wieso der Supreme Court von einer terminologischen Definition absieht und teleologischen Kategorien - welche Sprache brauchen Gesellschaft und Staat und welche Freiheiten braucht die nicht-kommerzielle Sprache - zugrundelegt, ist seine historische Erfahrung mit der *Vermischung von Sprache*.

## 6. *Historische Anfänge der Rechtsprechung zur „commercial speech“*

### a) *Befürchtung einer Umgehung und die Nichtanerkennung des Vermischungsarguments bei klassischer Werbung*

Der erste Fall<sup>79</sup> kommerzieller Sprache beschäftigt das Gericht 1942. Es handelt sich um den berühmten Fall „Valentine v. Chrestensen“<sup>80</sup>. Der Kläger, Mr. Chrestensen, verteilte einen Handzettel, der auf der einen Seite für den Besuch seines U-Boots warb und auf der anderen Seite gegen die behördliche Weigerung, sein U-Boot an einen bestimmten Pier verankern zu dürfen, protestierte. Die Vorgeschichte ist eindeutig: Vorher hatte Mr. Chrestensen einen Handzettel benutzt, der nur eine Werbebotschaft enthielt<sup>81</sup>. Die Verteilung dieses ersten Handzettels wurde ihm unter Hinweis auf die Verunreinigungssatzung der Stadt New York untersagt, die *nur* für kommerzielle Formen der „Meinungsäußerung“ ein Verteilungsverbot vorsah.<sup>82</sup> Der Supreme Court bejahte einen Umgehungsversuch der Verunreinigungssatzung, weil so jeder Kaufmann durch Hinzufügen einer moralischen Plattitüde oder eines politischen Apells Werbung zu „speech“ machen könne.<sup>83</sup>

### b) *Anerkennung des Vermischungsarguments bei medialer und ideeller Sprache*

Neben dem Fall Chrestensen, der nach der Chronologie der Ereignisse wie der Motivation des Äußernden kommerziellen *Ursprung* hat, lagen dem Supreme Court Fälle vor, in denen ideelle und mediale Sprache *kommerzielle Auswirkungen* hatten. Der Supreme Court hat in diesen Fällen entschieden, daß kommerzielle *Motive* oder *Folgen* per se die (mediale oder ideelle) Sprache nicht des verfassungsrechtlichen „Äußerungsschutzes“ beraubten.<sup>84</sup> Noch weitergehend hat er

---

78 Als Oberbegriff für "ideelle und mediale Sprache".

79 Siehe die komprimierte Zusammenfassung der Rechtsprechung bei A.Hatje, *Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit*, 1993, S. 31-49.

80 Valentine v. Chrestensen 316 U.S. 52 (1942). Die Reihenfolge der Fälle orientiert sich an L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2. Aufl. 1988, S. 891 ff.

81 Valentine v. Chrestensen 316 U.S.52,f.

82 A. Kozinski/St. Banner, *Who's afraid of Commercial Speech?* 76 Va. L.Rev. 627 (1990).

83 Valentine v. Chrestensen 316 U.S.52,55 (1942).

84 In *J.Burstyn, Inc. v. Wilson* 343 U.S. 495, 502 (1952) entschied das Gericht, daß Gewinnerzielungsabsichten den meinungsfreiheitlichen Schutz für Filmverleiher nicht entgegenstehen. "Burstyn" bestätigt die bereits in *Murdock v. Pennsylvania* eingeschlagene Linie, daß kommerzielle Motive und Ziele, soweit sie nicht die primären und nur ausschlaggebenden sind, einem Schutz nach dem ersten Zusatzartikel bei medialer und ideeller Sprache nicht entgegenstehen. Bei *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105, 112 (1943) handelt es

vor allem für die medialen Freiheiten - die aus der „freedom of speech“ destilliert werden mußten - bestimmt, daß sie auch durch die Integration werblicher Bestandteile *nicht* ihren Schutzanspruch nach dem ersten Zusatzartikel verlören. Diese Rechtsprechung ist deckungsgleich mit der des BVerfG wie auch des EGMR.<sup>85</sup>

c) *Eröffnung des Schutzbereichs des 1. Zusatzartikels für Preiswerbung bei Heilmitteln und (implizite) Aufgabe des Umgehungsarguments*

Die Fälle, die kommerzielle Motive bei religiöser, politischer und künstlerischer Sprache beinhalteten, bereiteten den Boden für die Bejahung des „meinungsfreiheitlichen“ Schutzes von Werbung. Die Preiswerbung für Arzneimittel war 1976 Gegenstand der wegweisenden Entscheidung „Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council“.<sup>86</sup> Es handelte sich um vorfabrizierte Arzneimittel, bei denen Preisunterschiede von mehreren „Hundertprozent“ bei unterschiedlichen Anbietern feststellbar waren. Eine „statute“ („Rechtsverordnung“ oder „Gesetz“) untersagte Apothekern die Preiswerbung als „standeswidriges Verhalten“. Als Grund für diese Untersagung wurde angegeben, daß die Beratungstätigkeit einzelner Apotheker sehr unterschiedlich zu bewerten sei und deshalb ein aggressiver Preiswettbewerb diese Serviceleistungen beeinträchtige und insbesondere Trittbrettfahrer (free-rider) begünstige. Dieser ordnungspolitischen Vorstellung<sup>87</sup> setzte die Mehrheit im Supreme Court die Parallele zum „freien Markt der Waren“ entgegen. Ein paternalistischer Staat, der seinen Bürgern Information verwehre, widerspreche dem essentiellen Interesse der Gesellschaft an einem freien Informationsfluß. Zentral an der Argumentation des Supreme Court ist, daß - *weil in den Vereinigten Staaten vergleichende Werbung zugelassen ist* - derjenige Apotheker, der ein höherwertiges Produkt mit höherwertigem Service anbiete, jederzeit seine Leistung mit der eines „low-cost-high-volume“ Anbieters vergleichen könne.<sup>88</sup> Hintergrund der Entscheidung ist ganz eindeutig die volkswirtschaftlich gewünschte, möglichst kostengünstige Versorgung möglichst weiter Teile der Bevölkerung mit den beworbenen Heilmitteln.

Nur unter der *Voraussetzung, daß die Gegenrede möglich ist* (die Möglichkeit auf die schlechtere Marktbeteiligung („performance“) eines anderen Unternehmens hinzuweisen), ist nach diesem Judikat die werbliche Freiheit auf dem „Markt der Ideen“ („market of ideas“) gewährleistet. Eine vergleichbare *Forde-*

---

sich um den Vertrieb von Aufklärungsbroschüren durch Angehörige der Zeugen Jehovas, die wie sonstige Buchhändler besteuert werden sollten. In *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 (1966) und in *New York Times CO. v. Sullivan* 376 U.S. 255 erstreckte das Gericht den Schutz nach dem ersten Zusatzartikel auf die Presse, wenn sie eine politische Werbeanzeige abdruckt.

85 Dazu siehe im 5. und 7. Kapitel.

86 *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council* 425 U.S. 748 (1976).

87 Die auch in der dissenting opinion von Justice Rehnquist Bestätigung findet 425 U.S. 748, 774 ff.

88 *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council* 425 U.S. 748, 767 (1976).

runge nach einem „meinungsfreiheitlichem Schutz der Werbung“ unter der *auf-schiebenden Bedingung der Zulässigkeit vergleichender Werbung* findet sich in der deutschen, meinungsfreiheitlichen Werbeliteratur nicht.<sup>89</sup>

Für diesen systematischen Unterschied zum amerikanischen Werberecht gibt es einen guten Grund: In all den Bereichen, in denen die vergleichende Werbung von den Werbenden nicht angestrebt wird,<sup>90</sup> könnte man sonst keinen „meinungsfreiheitlichen Schutz für die Werbung“ beanspruchen. Pikanterweise bleibt dieser systematische Unterschied zum amerikanischen Recht auch im Gemeinschaftsrecht erhalten: gerade im Bereich der nicht verschreibungspflichtigen „Heilmittel“, für die bisher nach deutschem Recht vergleichende Werbung<sup>91</sup> betrieben werden darf, sollen nach der „Richtlinie zur vergleichenden Werbung“ weder Preisvergleiche noch Vergleiche der therapeutischen Äquivalenz von Heilmitteln und Generica zugelassen werden.<sup>92</sup>

Festzuhalten ist, daß „Virginia Pharmacy“ den Schutzbereich des 1. Zusatzartikels für die kommerzielle Sprache eröffnet und gleichzeitig durch die Etablierung des „immediate scrutiny test“<sup>93</sup> den effektiven Garantiebereich im Vergleich zu „speech“ verkleinert. „Kommerzielle Sprache“ wird deshalb weniger geschützt als „nicht-kommerzielle Sprache“. Die Gesetze des Marktes fochten 1990 diese Unterscheidung an.

d) *Ein Versuch der Emanation von „commercial speech“ zu „speech“: Werbung „im öffentlichen Interesse“*

Wie oben geschildert, ist Sprache im öffentlichen Interesse immer „speech“.<sup>94</sup> Weil *solche* Informationen als „speech“ geschützt werden, kommt ihrem Kontext

---

89 Siehe im 7. Kapitel.

90 Etwa weil das Produkt den Qualitätsvergleich nicht aushält.

91 Siehe zu einem Umsetzungsdefizit der Humanarzneimittelrichtlinie Bülow/Ring, Heilmittelwerbegesetz, 1996, Einf. Rn. 11 und § 3 Rn. 27.

92 Siehe auch die Entscheidung des Bundessozialgerichts (Az. B 1 KR 9/95 R) zur Werbung von Krankenkassen.

93 Dazu siehe oben II 4 a bb).

94 Die Unterscheidung zwischen suggestiver und informativer Werbung auf der einen, und Produkt- und Unternehmenswerbung auf der anderen Seite mußte vom Supreme Court noch nicht entschieden werden. Das ist entscheidungstechnisch bedingt, weil die Anforderungen des "commercial speech test" durch den einschränkenden Staat in einer Reihe von Entscheidungen nicht erfüllt waren und deshalb Ausführungen zu einem höheren Schutz für informative oder Unternehmenswerbung nicht veranlaßt waren. *Central Hudson Gas & Electric v. Public Serv. Comm. of New York*, 447 U.S. 557, 559 (1980); siehe auch die concurring opinion von Justice Brennan S. 572. Nachweisbar ist in einigen Entscheidungen aber, daß wenigstens vom Tatbestand her die unterschiedlichen Werbungsformen erkannt und auch hervorgehoben werden. Ein Beispiel ist *Bolger v. Youngs Drug Products Corp*, 463 U.S. 60, 62 (1982), wo unterschiedliche Werbe- und Aufklärungsinhalte dargestellt werden. Siehe auch *Bigelow v Virginia* 421 U.S. 809, 812 (1974), das ein Beispiel für den umgekehrten Fall ist. Weil eine Anzeige, die Feststellung enthielt, daß Abtreibungen nunmehr in New York legal sind und eine Anlaufadresse enthielt, wurde das Informationsinteresse der Allgemeinheit bejaht und es kam deshalb nicht darauf an, ob es sich nur um "commercial speech" handle (822). Siehe zur definitiven Unklarheit der Vorwurf

*mit Werbeträgern und Werbemitteln* - vergleiche auch die List des Herrn Chrestensen - nach der Rechtsprechung des Supreme Court keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Wenn Herr Chrestensen mit seiner Werbung einen informativen Beitrag zum öffentlichen Interesse hätte leisten können, dann hätte es sich um „speech“ - und nicht nur um auf Handzetteln verbreitete „commercial speech“-gehandelt.<sup>95</sup> Ein Fall eines höheren Bundesgerichts, des United States Court of Appeals (3. Gerichtsbezirk, „3rd circuit“)<sup>96</sup>, verdeutlicht die Herausforderung, die das Kriterium der „Information im öffentlichen Interesse“ bestehen mußte. Handelt es sich bei der Werbung von Unternehmen der „Daseinsfürsorge“<sup>97</sup>, deren Äußerungen kraft der Person des Äußernden (und des angebotenen Produkts) sehr oft einem öffentlichen Interesse entsprechen, um „speech“ oder um „commercial speech“? Dem United States Court of Appeals lag die Beurteilung der vergleichenden Werbekampagne von zwei Krankenversicherungsunternehmen vor, für die das beklagte Unternehmen den Schutz von „speech“ und nicht nur von „commercial speech“ beanspruchte.<sup>98</sup> Das Gericht verweigerte den Schutz als „speech“ aus zwei Gründen:

- (1) Zum einen bestünde die Möglichkeit sich direkt an die Medien zu wenden. Die Möglichkeit von Public Relations, die dann „speech“ Schutz genießt, dient als Rechtfertigung für die Verweigerung eines vollständigen, „äußerungsfreiheitlichen“ Schutzes von Werbung.
- (2) Zum anderen erlebt das Umgehungsargument der Chrestensen-Ratio eine Renaissance: Jede Werbung könne mit umwelt-, wirtschafts-, energievorsorgungs- oder gesundheitspolitischen Argumenten bestückt werden und so die Mauer zwischen „kommerzieller“ und „nicht-kommerzieller Sprache“ niederreißen.<sup>99</sup>

Es ist einfacher, dem Ergebnis der Entscheidung beizupflichten, als ihrem Ausgangspunkt zu teilen. Die Möglichkeit, sich *anders* (Public Relations siehe oben unter (1)) an der Bildung der öffentlichen Meinung zu beteiligen, sagt über den

---

von Th.H.Jackson/J.C.Jeffries, Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment, 65 Virginia Law Review (1979) 1 Fn. 1. In einer konsequenten Fortentwicklung der "Allgemeininteresse"-Abgrenzung des Supreme Courts könnte die Unternehmenswerbung und die Produktwerbung für innovative, beispielsweise lebenserhaltende Produkte, bereits auch unter "speech" fallen.

95 Die Natur des Produkts, nämlich die Besichtigung eines U-Bootes, läßt hier jenseits jeden Argumentationsreichtums - Beitrag zur bootsbautechnischen Erziehung der Bevölkerung, Auseinandersetzung mit der Geschichte des Einsatzes des U-Bootes - die Qualität eines solchen Beitrags nicht annehmen.

96 Vergleichbar der Bedeutung von Bundesgerichtshöfen; wobei im Unterschied zu Deutschland nicht nur ein sachlich zuständiges Bundesgericht besteht, sondern für die neun Gerichtsbezirke der USA (Circuits) neun Court of Appeals existieren, die Bestandteil der bundesstaatlichen Rechtsprechung sind.

97 Wie etwa Energieversorgungsunternehmen oder Krankenversicherungen. Trotz seiner Umstrittenheit ist "Daseinsfürsorge" immer noch der anschaulichste Begriff, wenn eine weitergehende Differenzierung nicht notwendig ist.

98 U.S.Healthcare, Inc.v.Blue Cross of Greater Philadelphia, 898 F.2d. 914, 927 (3rd Cir. 1990).

99 U.S.Healthcare, Inc.v.Blue Cross of Greater Philadelphia, 898 F.2d. 914, 936 (3rd Cir. 1990).

konkreten Schutz der Beteiligung durch Werbung nichts aus.<sup>100</sup> Genausowenig überzeugt das *Umgehungsargument* (siehe oben unter (2)), weil es tatsächlich fragwürdig ist, ob nicht Informationen über bestimmte Produkte einen besonderen praktischen Wert haben. Im Ergebnis kann man dem Gericht nach hier vertretener Meinung zustimmen. *Eine abstrakte und grundsätzliche Privilegierung der Werbung bestimmter Produkte widerspricht der Kraft des Wortes, das überzeugen soll, und ersetzt es durch die Bedeutung des Produkts oder des Anbieters.* Die Anspruchsgrundlage für die Forderung der Behandlung von Werbung als „speech“ kombiniert zwei unterschiedliche Aspekte: zum einen das „being big“ das in mindestens oligopolistisch strukturierten Märkten häufig ist und/oder das „being important“ (im Sinne der obigen Interessendefinition) derjenigen, die im Bereich der „Daseinsfürsorge“ tätig sind. In einer Marktgleichheitsbetrachtung ist es nicht begründbar, weshalb große Unternehmen, die (allein) wegen ihrer Größe eine Nähe zum Allgemeininteresse aufweisen, weil Arbeitsplätze<sup>101</sup>, Ausbildungen, Steuereinnahmen, Umweltschutz und der Unterhalt von Familien durch sie in volkswirtschaftlich signifikantem Ausmaß gewährleistet werden, durch die Zubilligung besonderen, abstrahiert-kategorisierten Sprachschutzes privilegiert werden gegenüber kleinen Unternehmen, die diese Signifikanz (noch) nicht aufweisen oder *produktabhängig* nicht aufweisen können. Eine abstrakte und kategorisierte Stärkung der Sprachrechte der Großen könnte so Wegbereiter und Gehilfe von Informationsmarktkonzentrationen werden.<sup>102</sup>

In einer Marktgleichheitsbetrachtung liegt es auch fern, auf ein abstraktes, *produktunabhängiges* Verfassungsrecht der kommerziellen Sprache verzichten zu wollen und „allgemeininteressenpezifisch“ zu *produkt- und branchenabhängigem* Werbe(verfassungs)recht zu gelangen. Wie will man abstrahiert *auf der Ebene des Verfassungsrechts* eine Werbung mit Ausbildungsplätzen (und/oder Stellenanzeigen), die dem Sozialstaatsprinzip nahesteht, gegenüber einer Werbung mit Umweltargumenten überzeugend höher- oder gleichwertig positionieren. Es kommt auch auf die Art der Darstellung an - auch bei Fall I handelt es sich um Umweltwerbung, die in ihrem konkreten Beitragswert allerdings viel geringer zu bewerten ist als die Umwelt- und Sozialsponsoringwerbungen der Fälle IV und V. Es handelt sich hier um die Notwendigkeit der Bewertungen *einzelner Kampa-*

100 Zur Unterscheidung von Selbst- und Fremddarstellungsszenarien siehe im 3.Kapitel I 2 c).

101 Siehe nunmehr auch die Werbung der Bundesanstalt für Arbeit mit dem "Modellbürger" Heinrich v.Pierer, der bei Siemens Arbeitsplätze geschaffen haben soll "Lieber Heinrich von Pierer, wieso schaut die ganze Welt auf ihr Unternehmen? (Der Spiegel Nr.22, 1998).

102 Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn man öffentliche Kritik an Großunternehmen als so wirksam ansieht, daß die "Großen" besondere Sprachrechte haben müßten. Die Tatsache, daß sich gerade die Energieversorgungsunternehmen in der Bundesrepublik von einer "negativen Meinung" über Groß- und Monopolunternehmen betroffen fühlen belegt eine Umfrage (V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, S. 41). Diese Unternehmen haben aber die finanziellen Voraussetzungen, um durch Werbung auf ihre Position mehr oder weniger substantiiert aufmerksam zu machen.

*gnen*, die aber die Bildung abstrahierender Kategorien auf der Verfassungsebene nicht begründen können.

e) *Besondere Anforderungen an die „commercial speech“*

Die „commercial speech doctrine“ bedeutet zum einen eine Privilegierung gegenüber den übrigen Alternativen des Marketing-Mix - also der Distributions-, der Kontrahierungs- und der Produktpolitik - und zum anderen eine Diskriminierung im Vergleich zu „speech“, also „nicht-kommerzieller Sprache“. Der Supreme Court hat inzwischen die Klassifizierung von Werbung als Sprache mit geringerem Wert ausdrücklich aufgegeben; maßgebend für die Verminderung des „Schutz- und des effektiven Garantiebereichs“ der „kommerziellen Sprache“<sup>103</sup> sei, die Verbindung mit dem Tun, auf das sich die Werbung bezieht.

Die Klassifizierung als „commercial speech“ verlangt für die Eröffnung des Schutzbereichs des 1. Zusatzartikels, daß es sich nicht um unzutreffende und/oder irreführende Werbung handelt.

aa) Drei Voraussetzungen der „commercial speech“

Voraussetzung für die Anwendung des „intermediate scrutiny test“ ist das Vorliegen von „Werbung“, die drei Voraussetzungen genügen muß:

- (1) Es muß sich um Werbung für eine *rechtlich zulässige, wirtschaftliche* Betätigung handeln, und
- (2) sie darf *weder unzutreffende Aussagen* machen
- (3) *noch irreführend* sein.<sup>104</sup>

*Die Rechtsprechung des Supreme Courts faßt damit Werbung als „weniger geschützte Sprachform“ auf“ (These 1) - im Reich der „nicht-kommerziellen Sprache“ gibt es dagegen auch im amerikanischen Recht ein Recht auf Irrtum und ein Recht, den Adressaten in die Irre zu führen und *trotzdem zu sprechen*. Die Tatsache, daß es sich um irreführende und/oder unzutreffende Sprache handelt, wird bei der nicht-kommerziellen Sprache nur im Rahmen des effektiven Garantiebereichs berücksichtigt - nicht aber bereits bei der Eröffnung des Schutzbereichs.*

bb) Anforderungen für die Eröffnung des Schutzbereichs: keine unzutreffende Werbung

Kommerzielle Sprache kann nur äußerungsfreiheitlichen Schutz beanspruchen, wenn sie *nicht* unzutreffende Aussagen macht. Einer Wahrheitsprüfung zugänglich sind nur Tatsachen, und nicht Werturteile. Werturteile werden damit - wie im unterverfassungsrechtlichen Common Law - von der amerikanischen Rechtsprechung privilegiert. Das deutet sich auch in der Äußerung des Supreme Court in

---

103 Edenfield v. Fane, 113 S.Ct. 1792, 1798 (1993) " ...the State's interest in regulating the underlying transaction may give a concomitant interest in the expression itself".

104 Central Hudson Gas und Electric v. Public Service Commission, 447 U.S. 457, 564 (1980).

„Virginia Pharmacy“ an, in der er jede Art von Werbung, so geschmacklos und (suggestiv) übertreibend sie auch sei, schützen will. Festzuhalten ist bereits hier, daß auch die „commercial speech doctrine“ des Supreme Court *kommerzielle Sprachinhalte kennt, die keinen „äußerungsfreiheitlichen“ Schutz* beanspruchen können: Unzutreffende Werbung fällt nicht in den Schutzbereich des 1. Zusatzartikels.

Fraglich ist dann, wer das *Risiko der Nichterweislichkeit der Richtigkeit* (oder Unrichtigkeit) der Sprache trägt. Nach hier vertretener Ansicht - der Supreme Court hatte noch keinen Anlaß Stellung zu nehmen - ist zu differenzieren:

- (1) Soweit es sich um Behauptungen *bezüglich der eigenen Sphäre* handelt, kann dem Äußernden bei der kommerziellen Sprache das Risiko für unzutreffende Tatsachenbehauptungen voll überantwortet werden.<sup>105</sup> Auf eine subjektive Komponente muß es hier - anders als im nicht-kommerziellen Sprachrecht - nicht mehr ankommen.
  - (2) Wer sich *über fremde Produkte oder Unternehmen* äußert oder sich auf sie bezieht - so bei Fällen der anlehnenen vergleichenden Werbung wie auch bei der kritisierenden vergleichenden Werbung - hat diese Kontrolle in geringerem Maße. Hier bedarf es wohl entscheidend des Arguments der *wettbewerblichen Folgen*<sup>106</sup> einer Aussage, um dem „Grundrechtsträger“ einer Wahrheitspflicht und auch das Risiko der Nichterweislichkeit seiner Behauptung zu überantworten.
- cc) Begrenzung des Schutzbereichs und des effektiven Garantiebereichs: „keine irreführende Werbung“

Die Frage, inwieweit irreführende<sup>107</sup> Werbung vorliegt, berührt die Eröffnung des Schutzbereichs wie - wenn man die Eröffnung des Schutzbereichs bejaht - die Qualität des effektiven Garantiebereichs.

---

105 Wie nahe die eigene Sphäre aber mit anderen Sphären verbunden ist, zeigt der Fall des Court of Appeals (7. Gerichtsbezirk) National Commission on Egg Nutrition v. FTC (570 F.2d 157 (1977)), wo behauptet wurde, daß keine wissenschaftlichen Erkenntnisse bestünden, daß der Konsum von Eiern zu Herzkrankheiten führt. Das Risiko der Nichterweislichkeit der Tatsache, daß Eier *nicht* zu Herzkrankheiten führen, wurde dem Werbenden auferlegt.

106 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L. Ed. 2d 711, 727, dazu, daß die Folgen für die Verbraucher die größere Einschränkung von Sprache rechtfertigen.

107 Nach hier vertretener Ansicht ist zu unterscheiden:  
*Irreführende Aussagen.* Auch zutreffende Aussagen können wegen ihres Irreführungspotentials "unzutreffend" werden. Insoweit besteht aber sehr viel weniger abstrakt zu stellende Kompetenz des Äußernden, und zwar sowohl bei Sprache über "seine" als auch über "fremde" Sphären. Hier besteht die Gefahr, daß die unterschiedlichen Vorverständnisse, die der Werbende und der Rezipient mitbringen, der Annahme einer alleinigen Kompetenz des Äußernden entgegenstehen (J. P. Singal, The Risk of Chill: The Cost of the Standards governing the Regulations of False Advertising under Section 43 (a) of the Lanham Act, 77 Virginia Law Review (Va. L. Rev.) 339, 348, 380, f (1991).

(1) **Irreführung und Schutzbereich.** In der Praxis entscheidend ist die Festlegung der Kriterien, die zur Bejahung von „Irreführung“ berechtigen. Die Voraussetzung „*nicht* irreführend“ ist auch dem Recht der „nicht-kommerziellen“ Sprache bekannt. Dort kennt das Äußerungsfreiheitsrecht eine Vermutung der freien Rede und bürdet deshalb die *Argumentationslast* für den Wahrheitsgehalt wie das Irreführungspotential von „Sprache“ so weit wie möglich dem einschränkenden Staat auf.<sup>108</sup> Der „Grundrechtsträger“ braucht deshalb im „nicht-kommerziellen Sprachrecht“<sup>109</sup> für die Eröffnung des „äußerungsfreiheitlichen“ Schutzbereichs grundsätzlich nicht darzutun, daß er *zutreffend und nicht irreführend* unterrichtet hat. Es ist die Last des Einschränkenden, die Irreführung darzutun und nachzuweisen.<sup>110</sup> Wie die Argumentations- und Beweislasten bei der kommerziellen Sprache verteilt sind, ist im einzelnen strittig. Fest steht zunächst, daß mit dem Ausschluß der irreführenden Werbung aus dem „äußerungsfreiheitlichen Schutzbereich“<sup>111</sup> die Frage des Irreführungspotentials *unmittelbar*<sup>112</sup> *zu einer des Verfassungsrechts wird*, weil sie *über die Eröffnung des Schutzbereichs des 1. (bzw. 14.) Zusatzartikels* entscheidet. Die Konkretisierung der „irreführenden“ Sprache führt dabei entweder zu einer „Hochstufung“ unterverfassungsrechtlicher Kriterien oder zu einer Konfrontation von verfassungs- und einfachrechtlichem Irreführungsbegriff (vergleiche auch *These 1 b*). Eine ähnliche Aufgabe könnte auf das BVerfG bei der Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs für die Werbung zukommen. Die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 12 GG ist unabhängig davon, ob es sich um unzutreffende oder irreführende Wer-

---

*Werturteile.* Hier ist zwischen fremder und eigener Sphäre zu unterscheiden, wobei auch die Gefahr besteht, daß die Erfahrungen in der eigenen Sphäre einen Verlust an Orientierungsgewißheit hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung in der fremden Sphäre mit sich bringen. So ist die positive suggestive Superlativwerbung in der eigenen Sphäre der negativen suggestiven Superlativwerbung hinsichtlich der fremden Sphäre gegenüberzustellen.

- 108 Die Haftung für eine nicht erweislich wahre Tatsache ist die Ausnahme; vgl. § 824 BGB und üble Nachrede (§ 186 StGB).
- 109 Noch weitergehend besteht bei der medialen Sprache die Auffassung, daß die Medien wenn sie unzutreffend über Personen des öffentlichen Interesses (public figure) berichten, nur unter der Voraussetzung eines "actual malice"-Standards haften. New York Times CO v. Sullivan 376 U.S. 254, 270 (1971); unter diesem Standard wird dann streitig, wer eine Person des öffentlichen Interesses ist (Elmer Gertz v. Robert Welch 418 U.S.323, 352; s.a. A.Beater, Zivilrechtlicher Schutz vor der Presse als konkretisiertes Verfassungsrecht, 1996, S. 29 ff, 42).
- 110 In einer vergleichenden Betrachtung ist der "intermediate test" zwei bisher im Rahmen der nicht-kommerziellen Sprache entwickelten Beschränkungskategorien gleich zu stellen: nämlich einmal den sog. "time, place und manner-restrictions" und zum anderen denjenigen Verhaltensformen, die Voraussetzung für die nicht-kommerzielle Sprache sind; siehe dazu auch Board of Trustees of State Univ. of New York v. Fox 492 U.S. 469, 477 f (1989).
- 111 Nur die Beschränkungen zutreffender Werbung unterliegen einem "strict scrutiny"test; für Beschränkungen der unzutreffenden und/oder irreführenden Werbung ist dagegen der "rational basis test" einschlägig.
- 112 Das Verfassungsrecht beurteilt nicht nur, ob die unterverfassungsrechtliche Definition der Irreführung "meinungs- oder betätigungsfreiheitlich" zulässig ist, sondern muß eigene Kriterien für die "Irreführung" entwickeln.

bung handelt. Die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung ist immer berührt. Anders ist das bei Art. 5 GG, wo im Bereich der nicht-kommerziellen Sprache nur die bewußt oder erwiesen unzutreffende Äußerung von der Eröffnung des Schutzbereichs ausgeschlossen ist.<sup>113</sup> Die Irreführung von Rezipienten schließt die Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs gerade nicht aus.<sup>114</sup>

Der Supreme Court unterscheidet zwei Formen „irreführender Werbung“, nämlich die *irreführende* („misleading“) und *potentiell irreführende* („potentially misleading“)<sup>115</sup> Werbung.<sup>116</sup> Der Unterschied bestehe darin, daß potentiell irreführende Werbung in einer Form präsentiert werden kann, die nicht täuscht; deshalb darf diese Werbung auch nicht grundsätzlich verboten werden. Zur Argumentations- und Beweislast macht der Supreme Court keine Ausführungen.

In Anlehnung an diese Supreme Court Entscheidung, hat eine Literaturmeinung gefordert, zwischen „unzutreffender“ und „irreführender“ Werbung zu unterscheiden - mit der Folge unterschiedlicher Argumentationslasten. Zu unterscheiden seien „*ausdrücklich unzutreffende*“ Aussagen („explicit misrepresentation“) auf der einen und Aussagen, die aufgrund ihrer Ambiguität vom Interpreten unzutreffend aufgefaßt werden („implicit misrepresentation“) auf der anderen Seite - also „*implizit unzutreffende*“ Aussagen.<sup>118</sup> Bei „impli-

---

113 D.Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697, 1699.

114 Die Wertungen von § 3 UWG reichen für den verfassungsrechtlichen Irreführungsbegriff sicher nicht aus. Bereits dieses Tatbestandsmerkmal zur Abgrenzung des Schutzbereichs zeigt, daß die bisher im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrecht geführte Diskussion um die Qualität der Irreführung und die Quantität der Irreführten, die für eine "misleading speech" sprechen, auch auf die verfassungsrechtliche Ebene übertragen wird. Dies ist vor allem deswegen bedenklich, weil unsicher ist inwieweit eine dogmatische, methodische Klärung des Begriffs überhaupt stattfinden kann. Im deutschen Wettbewerbsrecht wird bei der Quantität der Irreführten nach beworbenen Produkten und Argumenten, so nach der Gesundheits- und Umweltwerbung auf der einen und sonstigen Werbeformen auf der anderen Seite unterschieden. Dazu siehe im 3.Kapitel I 4.

115 Allgemein St.M.Simpson, The Commercial Speech Doctrine: An Analysis of the Consequences of Basing First Amendment Protections on the "Public Interest", New York Law School Law Review Vol. 39 (1994) 575, 594 ff. Siehe auch R.M.J 445 U.S. 191, 203 (1982). Nur die irreführende Werbung dürfe verboten werden, nicht aber eine Werbung, die in einer Art und Weise präsentiert werden könne, die nicht täuscht.

116 R.M.J 445 U.S. 191, 203 (1982). Nur die irreführende Werbung dürfe verboten werden, nicht aber eine Werbung, die in einer Art und Weise präsentiert werden könne, die nicht täuscht.

117 Ein Beispiel aus der Supreme Court Rechtsprechung ist eine Anwaltswerbung, die auch bei Nichtobsiegen ankündigte, daß keine Gebühren (fees) entstünden. Das war eine zutreffende Aussage; sie machte aber nicht deutlich, daß die *Gerichtskosten* (costs) dennoch anfielen. Ph.Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of the Supreme Court, 85 L Ed 2d 652, 657. Grundsätzlich vorher zu Anwaltswerbeverboten J.R.Bates and Van Osten v.State Bar of Arizona 53 L Ed 2d 810, 827 mit dem Argument, daß auch Bankiers und Ingenieure werben, ohne dadurch unwürdig zu wirken.

118 R.M.Schmidt/R.C. Burns: Proof or Consequences: False Advertising and the Doctrine of Commercial Speech Cincinnati Law Review 56 (1988) 1273, 1289. Einen Überblick über

zit unzutreffenden Aussagen“ wird dem einschränkenden Staat die Erfüllung einer umfangreicheren Argumentationslast abverlangt, die den Nachweis einer subjektiven Komponente des Werbenden hinsichtlich des Irreführungspotentials der Werbung voraussetzt. *Gegen* diese weiteren Differenzierungen wurde eingewandt, daß es der Verfassung um den Informationsfluß mit wahrer kommerzieller Information, und nicht um die Beurteilung der irreführenden Wirkung von Werbung ginge. Die *Argumentations- und Beweislast für die Wahrheit einer Tatsache wie für ihr Irreführungspotential müsse deshalb immer der Werbende tragen*.<sup>119</sup> Dieser Auffassung, die auf die *Wirkung* beim Rezipienten abstellt, wird man - im Unterschied zur „nicht-kommerziellen Sprache“ - vor allem auch deshalb beipflichten müssen, weil die Grenzen zwischen irreführender und potentiell irreführender Werbung zu fließend sind. Rechtssicherheit kann so nicht entstehen.

Einen ganz anderen Ansatzpunkt wählt eine weitere Literaturmeinung, die bei der (unterverfassungsrechtlichen) Regulierung von Werbung nach dem Werbeträger, der Person des Werbenden, und nach dem Eigen- und Fremdwerbungscharakter differenziert. So sollen Spots und Anzeigen in Massenmedien mit über zwei Millionen Rezipienten, und/oder von einem Unternehmen mit über 100 Millionen \$ Jahresumsatz oder mit über 10 Millionen \$ jährlichen Werbebudget erfolgen, besonderen Verbraucher - und Irreführungsschutz verlangen. Dementsprechend soll bei diesen Werbungen auch bei geringerem Irreführungspotential eine Untersagung erfolgen können.<sup>120</sup> Der Supreme Court hat diese (werbe-)marktorientierte Differenzierung bisher nicht aufgenommen. Interessant an ihr ist, daß das Recht auf Sprache für die „big“ oder „bigger“ players reduziert wird. Es handelt sich um einen für das „Meinungsfreiheits“recht, das den Inhalt und nicht die Person des Äußernden betrachtet, vollkommen neuen Aspekt.

(2) *Irreführung und effektiver Garantiebereich*. Eine weitere Differenzierung trifft der Supreme Court hinsichtlich der Qualität des einschränkenden Rechts. Er unterscheidet zum einen zwischen Werbeverboten und Werbebeschränkungen und zum anderen zwischen vorbeugenden und anderen Beschränkungen.

---

die Fallgruppen irreführender Werbung in der Beurteilung der Federal Trade Commission bietet I. L.Preston, *The Federal Trade Commission's Identification of Implications as Constituting Deceptive Advertising*, 57 *Cincinnati Law Review* 1243 (ff (1981)).

119 N. Kalthoff McKenzie, *Ambiguity, Commercial Speech and the First Amendment*, *Cincinnati Law Review* 56 (1988) 1295, 1307 Fn. 67.

120 R.E.Schechter, *The Death of the Gullible Consumer: Towards a more sensible Definition of the Deception at the FTC*, 1989 *University of Cincinnati Law Review* (1989 *U.ILL.L.Rev.* 571, 613).

(a) *Werbeverbote versus Werbebeschränkungen.* Werbeverbote („if the State entirely prohibits the dissemination of truthful advertising“) überprüft das Gericht besonders kritisch, weil dem Konsumenten die Möglichkeit der Information genommen wird. In diesen Fällen sieht das Gericht wenig Grund, um von der „strict scrutiny“ abzuweichen und hebt die Argumentationslast deshalb für den Staat entsprechend an. Bei den Werbeverboten differenziert der Supreme Court zwischen Werbeverboten, die einen Bezug zum Äquivalenzinteresse („preservation of a fair bargaining process“) haben und anderen. Bei der Alkoholwerbung, die dem Schutz des Integritätsinteresses dient,<sup>121</sup> hat der Supreme Court Werbeverbote aufgehoben. Auch bei „Virginia Pharmacy“ ist der Kontext zur Irreführung(sgefahr) gegeben. Die Zulässigkeit der Publikumswerbung droht zum Wegfall der qualifizierten Beratung durch den „Apotheker“ zu führen, der die Selbstmedikation beeinflussen und so einer Des- und Fehlinformation der Konsumenten über die gesundheitlichen Folgen entgegenwirken soll.<sup>122</sup>

(b) *Vorbeugende, generelle Werbebeschränkungen*<sup>123</sup> *als ultima ratio.* Der Supreme Court beurteilt allgemeine, vorbeugende Werbebeschränkungen<sup>124</sup> strenger als einzelfall-spezifische Sanktionen *nach* der Äußerung. So macht es einen Unterschied, ob - wegen der vorgeblichen Gefahr der Irreführung - *allen* Bilanzprüfern das „cold calling“ verboten ist oder - wenn es zu Auswüchsen kommt - gegenüber einzelnen standes-, vertrags- und wettbewerbsrechtliche Sanktionen erfolgen.<sup>125</sup>

(3) *Zusammenfassung.* Die Unterscheidung zwischen irreführender und potentiell irreführender Werbung ist die wohl anspruchsvollste Frage der „commercial speech doctrine“, die auch vom Supreme Court thematisch noch nicht bewältigt ist. Eine Definition, wann Irreführung vorliegt, gibt der Supreme Court nicht. Er beschränkt sich - ähnlich wie der EuGH<sup>126</sup> - auf die Überprüfung der Einschränkungen durch den (Bundes-)Staat. Der einschränkende Staat scheint hier einen (produktspezifischen) Beurteilungsspielraum zu haben, der allerdings - so der Staat Werbeverbote erläßt - verengt wird. Grund-

121 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 724 (Alkoholwerbung) betont, daß wenn der Staat nicht zum Schutz des Äquivalenzinteresses Werbeverbote erläßt, weniger Grund besteht, von der "strict scrutiny" abzusehen. Siehe auch R. E. Rubin, Secretary of the Treasury v. Coors Brewing Company 131 L. Ed. 2d 532, 541 zum Verbot der Angabe von Prozentangaben des Alkoholgehalts bei Bier.

122 "Virginia Pharmacy" als der erste Fall der "commercial speech" war nicht zufällig ein Werbeverbot.

123 Verbote sind immer vorbeugend.

124 Siehe zum abstrakten Gefährdungstatbestand des früheren § 6 e UWG, der die gemeinschaftsrechtliche Prüfung nicht bestand, ...

125 F. H. Edenfield et. al. v. S. Fane 113 S.Ct. 1792, 1803 f (1993).

126 Zur Diskussion, ob der EuGH ein eigenes Verbraucherleitbild kennt, siehe im 3. Kapitel I 4 h.

sätzlich ist der Sanktion von Mißbräuchen der Vorzug zu allgemeinen Verboten und Beschränkungen zu geben. Eine weitere Einschränkung des Beurteilungsspielraums ergibt sich, wenn es sich um eine rechtlich zulässige Betätigung handelt - und der „Gesetzgeber“ von Beschränkungen der anderen drei Alternativen des Marketing-Mix (Distributions-, Produkt-, Kontrahierungspolitik) abgesehen hat.

dd) Eröffnung des Schutzbereichs und Einfluß auf den effektiven Garantiebereich:  
„rechtlich zulässige Betätigung“

Durch die Beschränkung des Schutzbereichs auf Sprache mit einem Sprachinhalt, der „rechtmäßiges Tun“ („lawful activity“<sup>127</sup>) beschreibt, wird der Bezug der „Äußerungsfreiheit“ zur „wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit“ hergestellt. Letzere bestimmt, was „rechtmäßiges Tun“ ist. *So ist sichergestellt, daß, wenn der Gesetzgeber (verfassungsrechtlich zulässig) eine Herstellung und Vermarktung ganz- oder teilweise untersagt, der Einsatz von Werbemitteln insoweit nicht isoliert „äußerungsfreiheitlich“ geschützt ist.* In einer deutschen Terminologie würde so Art. 12 GG als Prüfung einer Vorfrage grundsätzlich die weitere Prüfung von Art. 5 I S. 1 GG bereits ausschließen. Wenn für ein Produkt ein Vertriebs- und/oder Herstellungsverbot verfassungsrechtlich zulässig *ergeht*, dann bedarf es für das parallele Werbeverbot keiner weiteren „äußerungsfreiheitlichen“ Prüfung. Umstritten und von grundsätzlichem Interesse ist der Fall, daß ein Herstellungs- und/oder Vertriebsverbot nicht oder nur eingeschränkt *ergeht* und die Lenkung des Konsums der Bürger über Werbebeschränkungen oder -verbote erfolgt. Es handelt sich um Szenarien, die vor allem im Bereich der Gefährdung des Integritätsinteresses durch (unmäßigen) Konsum von Alkohol und Tabak verbreitet sind.

#### **7. Lenkung durch Werbeverbote anstelle von Herstellungs- und/oder Vertriebsverboten und -beschränkungen - zum Verhältnis der Einschränkung von Sprache und zur Einschränkung von Tun**

Dieser Abschnitt ist die Fortsetzung der anfangs geschilderten Problematik (II 1 b) des Verhältnisses von Sprache und Tun bei der *Eröffnung des Schutzbereichs*. Hier geht es nunmehr im Rahmen *des effektiven Garantiebereichs* um die Frage, ob Sprache *verboten* werden kann, solange das Tun (*beschränkt*) erlaubt ist. Für die Relation der Einschränkungen von „Sprache“ zu den Einschränkungen von „Tun“ sind grundsätzlich zwei Positionen denkbar:

---

127 Wobei anzunehmen ist, daß es sich um Tätigkeiten handelt, die in verfassungsrechtlich zulässiger Weise als rechtmäßig qualifiziert werden können.

a) *Parallelitätsargument: Freiheit von Tun verlangt die Freiheit der Sprache*

Unter der Voraussetzung, daß das *geregelte Tun rechtmäßig ist* - wie der Heilmittelverkauf - mußte sich nach „Virginia Pharmacy“ der Staat auf die Regelung des Tuns beschränken. *Er kann nicht die Sprache weiter beschränken, als er das Tun beschränkt*. So weist das Gericht darauf hin, daß der Staat weitergehende Forderungen an die Ausbildung und Beratungstätigkeit der Apotheker (Auswirkungen auf die Distributionspolitik) stellen kann. Er kann sogar bestimmte Apotheker subventionieren oder diese vor Wettbewerb auf andere Weise (als durch Werbeverbote) schützen.<sup>128</sup> Solange die Heilmittel frei verkäuflich sind, darf der Staat seine Ziele - bestmögliche Versorgung und Beratung der Bevölkerung über Arzneimittel - nicht dadurch zu erreichen suchen, daß die Öffentlichkeit in Unwissenheit über die Bedingungen gehalten wird, zu denen rechtmäßig hergestellte und vertriebene Produkte angeboten werden. Der Kern der Entscheidung ist damit die Durchsetzung des Arguments der „*Parallelität (der fehlenden Einschränkung) von Sprache und Tun*“.

b) *Hierarchieargument: Beschränkung der Sprache weniger belastend als die Beschränkung des Tuns*

Das Hierarchieargument der Beschränkung der Sprache zugunsten eines Absehens der (weiteren) Beschränkung der Kontrahierungs-, Produkt-, und Distributionspolitik wird in Deutschland in Hinblick auf die Tabakwerbeverbote diskutiert. Wie das BVerfG in seiner Tabaketikettierungsentscheidung<sup>129</sup> neigte auch der Supreme Court zu einem „Hierarchieargument“. Der Anlaß für den „leading case“ war ein Werbeverbot für Spielsalons, die in Puerto Rico genehmigt waren, die aber *nur außerhalb von Puerto Rico* beworben werden durften<sup>130</sup>. Hier hätte der Einzelstaat die beworbene Tätigkeit grundsätzlich verbieten können; *deshalb* ist es ihm nach dieser Entscheidung erlaubt, das mildere Mittel, nämlich die Reduzierung der Nachfrage durch ein lokales Werbeverbot zu erreichen.

Typischerweise findet sich das Hierarchieargument in dem Bereich menschlichen Lebens, der amerikanisch mit „vice“ („Laster“, „Fehler“) überschrieben werden könnte. Es handelt sich um die schwierige Fallgruppe der Selbstschädigung von Menschen und die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit ein Staat seine Bür-

---

128 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council 425 U.S. 748, 767 (1976).

129 BVerfG NJW 1997, 2871 f zur "Tabaketikettierung" bezeichnet das Werbeverbot als mildere Maßnahme im Vergleich zu Vertriebsbeschränkungen. Siehe auch Tobacco Institut Inc. v. FCC, 396 U.S. 842 (1969).

130 Posadas de Puerto Rico Associate v. Tourism Co. of Puerto Rico, 106 S.Ct. 2968 (1986) - das Gegenstück ist die Entscheidung United States and Federal Communication Commission v. Edge Broadcasting Company 125 L Ed 2d 345, 358 ff, wo ein Gesetz Rundfunkwerbung für Lotterien nur in den Staaten zuließ, die auch eine Lotterie haben. Edge war in einem solchen Staat ansässig, strahlte aber vor allem in einen Staat aus, der Lotterie als Vergehen bestraft. Die entgangenen Werbeeinnahmen begründeten nach Auffassung von Rundfunkanstalt eine Verletzung der Rundfunkfreiheit; der Supreme Court hielt das Verbot der Lotteriewerbung.

ger vor der Gefährdung durch Sucht und unmäßigen Konsum schützen muß oder darf („Schutzpflichten und Schutzauftrag“). Es ist grundsätzlich unbestritten, daß der maßvolle Besuch von Spielsalons und der maßvolle Konsum von Tabak und Alkohol Ausdruck der Handlungsfreiheit wie Persönlichkeit der Bürger sein **kann**. Ebenso unbestritten ist, daß Spiel-, Tabak- und Alkoholsucht erhebliche Auswirkungen für die Süchtigen wie auch ihr Zusammenleben mit anderen Bürgern und die Allgemeinheit haben. Es ist nicht nur eine Frage des Rechts, inwieweit ein Staat diese Bereiche des Lasters definiert und ihnen begegnet. Die USA haben historische Erfahrungen mit dem Alkohol, der zuerst in der Verfassung verboten wurde und dann - nachdem Schwarzmärkte und organisierte Kriminalität überhand nahmen - kraft Verfassungsänderung wieder hergestellt und vertrieben werden durfte.<sup>131</sup> Festzuhalten ist jedenfalls, daß in den Bereichen der „vice“ - den jeder Staat selbst definieren muß<sup>132</sup> - Sprache mehr eingeschränkt werden kann als Tun. Mentalität und Moralität mögen hier in unterschiedlichen Rechtsordnungen und Gesellschaften unterschiedliche Wertungen eröffnen. Dennoch belegen die Beispiele, daß ein solcher Kategorisierungsansatz aussagekräftig sein kann. Der Verkauf von Arzneimitteln mit dem Ziel der Gesundung ist - unbeachtlich des erheblichen Gefährdungspotentials - ethisch und rechtlich anders zu bewerten als die Förderung von Spielsucht und Nikotingenuß - und es überzeugt, daß **im ersten Fall Sprache nicht mehr eingeschränkt werden darf als es für das Tun zulässig ist und in den anderen Fällen Sprache verboten wird ohne noch weiterzugehen und auch das Tun zu verbieten**.

c) *Aufgabe des Hierarchiearguments zugunsten des Parallelitätsarguments auch in den Bereichen der „vice“*

aa) Werbung als Teil der amerikanischen Kultur und Werbeverbote als Verhinderung öffentlicher Diskussion

Eine neuere Entscheidung des Supreme Court zum Verbot der **Preiswerbung** für Alkohol in Rhode Island gibt das Hierarchieargument auf. Die Entscheidung ist auch ein Beleg dafür, wie sehr die commercial speech zumindestens theoretisch den 1. Zusatzartikel inzwischen vereinnahmt hat (These 2). Als hätte es des mühsamen Weges über „Valentine v. Chrestensen“ und „Virginia Pharmacy“ nicht

131 18. Zusatzartikel (1919): (Section 1): After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited...."

21. Zusatzartikel (1933): (Section 1). "The eighteenth article of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed..."

132 Siehe etwa die unterschiedlichen Politiken zum Cannabis-Ge- und Mißbrauch, die inzwischen nach der BVerfG-Rechtsprechung zu einer neuen Interpretation des Betäubungsmittelgesetzes geführt haben.

bedurft, wird 1996 erkannt, daß Werbung ein Element der amerikanischen Kultur seit der Zeit vor der Gründung der Vereinigten Staaten war.<sup>133</sup>

Werbeverbote verhindern nach der Einschätzung des Supreme Court, daß eine politische Diskussion entsteht.<sup>134</sup> Diese Einschätzung muß man nicht unbedingt teilen. Jedenfalls für die *Einführung* von Werbeverboten kann das im deutschen Sprachraum bei der Tabakwerbung nicht gelten.<sup>135</sup> Man könnte sogar vertreten, daß gut gestaltete Werbung „nicht-kommerzielle“ Sprache zu ersticken droht: entweder durch die manipulative Kraft der Werbung bei den Rezipienten (Beeinflußung der Sozialkontrolle) oder durch (den Entzug der) Nachfragekraft der werbetreibenden Wirtschaft, die zumindest psychologisch Einfluß auf die Medienberichterstattung nimmt. Eine rechtsökonomische Meinung bezeichnet deshalb die Werbewirtschaft in den USA als den im Vergleich zum Staat effektiveren Zensur.<sup>136</sup>

bb) Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit von Verboten der Preiswerbung zur Mäßigung des Alkoholkonsums

In Erinnerung gerufen seien die drei Kriterien des „intermediate scrutiny test“ (siehe unter II 4c):

- (1) Das vom Staat *behauptete öffentliche Interesse muß erheblich sein. Das Interesse*, die Bevölkerung zu mäßigem Alkoholgenuß durch Schaffung bestimmter Rahmenbedingungen anzuhalten („temperance“), erfüllt diese Anforderung.
- (2) Die *Werbebeschränkung* muß *geeignet* sein, dieses Interesse zu fördern. Bei Werbeverboten, die auch wahrheitsgemäße und nicht irreführende Werbung betreffen, verlangt der Supreme Court darüberhinaus eine besondere Eignung des Werbeverbots. Es müsse das staatliche Interesse *substantiell fördern* („to a material degree“) - und dafür trägt der einschränkende Staat die Argumentations- und Beweislast. Dieser konnte Rhode Island nicht genügen, weil nicht klar war, inwieweit das Verbot der Preiswerbung zu einer Senkung des Durchschnittskonsums führt. Die Tatsache, daß Preiswerbung nicht erlaubt war, der (süchtige) Konsument so keine Kenntnis des günstigsten Angebots hat und die günstigsten Produkte auch schwerer nachfragen kann<sup>137</sup>, führt nach Ansicht des Gerichts nicht per se zur Reduktion des Konsums. Gerade der süchtige Konsument würde sein Ausgabeverhalten beschränken, um auch durch (geringfügig) teurere Produkte seine Sucht zu befriedigen.<sup>138</sup> Das Gericht geht grundsätzlich davon aus, daß Preiswerbung zu Preiswettbewerb

---

133 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 723 unter Bezugnahme auf eine Rede Benjamin Franklins (1731) zur Verteidigung der Pressefreiheit beim Abdruck einer Anzeige, die für Reisen nach Barbados warb.

134 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 727.

135 Siehe die Werbekampagnen „Werbeverbote nein Danke“ auf den Plakatwänden in Berlin im Juni 1998.

136 C.E. Baker, Advertising and a Democratic Press, 1993, S. 50 bezeichnet die Presse als ausgehalten und weist nach (S. 53 - 56), daß in den Medien, in denen die Tabakindustrie warb eine kritische Berichterstattung unterblieb.

137 Und so einen Preiswettbewerb verstärken kann.

138 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 728 ff.

führt und die Produkte billiger machen kann. Die Annahme, daß ein billigeres Produkt häufiger und/oder von mehr Menschen nachgefragt werden kann, ist tragender Entscheidungsgrund in „Virginia Pharmacy“, das zu Aufhebung des Verbots der Preiswerbung für Heilmittel führte. Für das Verbot der Preiswerbung für Alkohol verweist das Gericht - nach hier vertretener Ansicht widersprüchlich - diese Annahme in das Reich der rechtlich nicht erheblichen Spekulation.<sup>139</sup>

- (3) Das Werbeverbot ist nach *Ansicht* des Gerichts nicht *das* Instrument, das unter den geeigneten die mildeste Alternative („least restrictive alternative“) darstellt. Es kämen nämlich auch
- Beschränkungen der Distributionspolitik („Höchstabgabemenge pro Person“ wie bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln) sowie
  - eigene Aufklärungs- und Erziehungskampagnen des Staates über die Folgen von unmäßigen Alkoholgenuß
- in Betracht.<sup>140</sup>

Der Auffassung, daß in einer „grundrechtlichen“ Betrachtung die Beschränkung von Sprache weniger einschränkend sei, als die Beschränkung von Tun, widerspricht der Supreme Court:

**„Der Text des 1. Zusatzartikels verdeutlicht, daß die Verfassung davon ausgeht, daß Versuche, Sprache zu beschränken gefährlicher sind als Versuche, Tun zu beschränken.“**<sup>141</sup> ...

Ein Hierarchieargument dergestalt, daß - *immer* wenn das Tun beschränkt, *erst recht* die Sprache beschränkt werden kann - sei mit diesem besonderen Schutz der Sprache grundsätzlich unvereinbar.<sup>142</sup> Diese Rechtsprechung des Supreme Court scheint der im Rahmen dieser Arbeit propagierten, *ganzheitlichen Betrachtung* des Marketing-Mix zu widersprechen. Der Supreme Court beruft sich in der Alkoholwerbungsentscheidung pauschal auf die unterschiedlichen Schranken des 1. und 14 Zusatzartikels, um die Kommunikationspolitik zur bevorzugten Freiheit zu stilisieren. Ein Blick in den Sachverhalt verdeutlicht aber die *bisher* fehlende Brisanz dieser Rechtsprechung, *was ihre Ergebnisse betrifft*. Preiswerbung für Alkohol ist in Deutschland - dem Werberecht, das sich gerne als das strengste bezeichnet - unproblematisch zulässig. Die Brisanz der Supreme Court Entscheidung liegt deshalb in ihren theoretischen Ausführungen zum Verhältnis der Beschränkung von Sprache und Tun. Die Entscheidung ist nach hier vertretener Ansicht als „Postulat“ der Systemgerechtigkeit im Rahmen des Marketing-Mix zu verstehen. Der Staat soll nicht, einfach weil es mit wenig Überlegung und Kosten verbunden ist, die Sprache beschränken, und so den Alkoholkonsum, der in der

---

139 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 730: "As is evident, any conclusion that elimination of the ban would significantly increase alcohol consumption would require us to engage in the sort of "speculation or conjecture" that is an unacceptable means of demonstrating that a restriction on commercial speech directly advances the State's asserted interest".

140 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 730.

141 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 733.

142 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 733.

Gesellschaft erfolgt und vielleicht ein Problem birgt, *verbergen*. Gewollt ist ein möglichst realistisches Abbild der Wirklichkeit in den Äußerungen. Wenn die Parallelität von Sprache (Kommunikationspolitik) und Produkt, das angeboten wird fehlt, dann setzt die beinahe strikte Prüfung des 1.Zusatzartikels ein. Der 1.Zusatzartikel wird so benutzt, um den chronisch schwachen Test des „due process“ (= „rational basis“; dazu siehe unter II 4) für die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit zu verstärken. Wieweit der 1.Zusatzartikel so instrumentalisiert wird, um das Niveau des grundrechtlichen Schutzes der Betätigungsfreiheit anzuheben, ist abzuwarten. Die abweichenden Meinungen der Justices Souter, Scalia und Thomas<sup>143</sup> in einer neueren Entscheidung weisen daraufhin, daß einige Richter diesen Weg noch weitergehen wollen.

cc) Beitragspflicht für landwirtschaftliche Werbekampagnen als Verletzung der Äußerungsfreiheit

In einem Land, in dem die Werbung eine kulturelle Konstante ist, gibt es auch obligatorische Werbung; in der Entscheidung „D.Glickman v. Wileman Brothers“<sup>144</sup> handelte es sich um die Beitragspflicht kalifornischer Obstbauern, die aufgrund eines Vermarktungsgesetzes Gruppenwerbekampagnen für kalifornische Früchte finanzieren sollten. Die Obstbauern wehrten sich mit dem Argument, der Finanzierungsaufwand für die gemeinsame Werbekampagne fehle ihnen für eigene „commercial speech“ und deshalb sei der 1.Zusatzartikel verletzt.<sup>145</sup> Die Mehrheit des Supreme Court weigerte sich, mit dem 1. Zusatzartikel mittelbar (Werbe-)budgets zu schützen.<sup>146</sup> Die Entscheidung beruht auf der Erwägung, daß der Arbeitgeberbeitrag, Untersuchungsgebühren und jede andere Pflicht, die durch ein Marktordnungsgesetz begründet wird, kapitalintensiv sein können und dennoch nicht unter den Schutz des 1.Zusatzartikels fallen. Die Mindermeinung beharrt darauf, daß vor Beitragspflichten für Sprache der 1. Zusatzartikel schütze. Die Entscheidung wie auch die abweichenden Meinungen bestätigen die Analyse, daß es um die grundsätzliche Anhebung des „due process“ Standard des 14. Zusatzartikels geht. Die Äußerungsfreiheit ist hier das argumentative Vehikel für eine Anhebung des Schutzes auch bei der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit.

Neben dem Verhältnis der Beschränkungen von „Sprache“ und „Tun“ prägen die Rezipienteninteressen, die mit der Äußerungsfreiheit zu konkordieren sind, den effektiven Garantiebereich.

---

143 D.Glickman v. Wileman Brothers & Elliot, Inc.,138 L Ed 2d 585, 605.

144 D.Glickman v. Wileman Brothers & Elliot, Inc.,138 L Ed 2d 585, 604.

145 D.Glickman v. Wileman Brothers & Elliot, Inc.,138 L Ed 2d 585, 601.

146 D.Glickman v. Wileman Brothers & Elliot, Inc.,138 L Ed 2d 585, 600, zumal die negative Äußerungsfreiheit nicht berührt war, weil es sich nicht um die Werbung einzelner handelt und diese Werbung nicht in Konflikt mit den Überzeugungen einzelner Obstbauern gerät (S. 604 ff).

## 8. *Negatives Rezipienten-, Äquivalenz- und Integritätsinteresse*

*Die amerikanische Offenheit für Information jeder Art ist Ausdruck des tiefen Mißtrauens gegenüber einem paternalistischen Staat.* Die Äußerungsfreiheit in der amerikanischen Verfassung ist ein Recht auf staatliche Abstinenz. Im Zweifel ist die Verarbeitungs- und Vermeidungslast, die dem Bürger auf dem „Meinungsmarkt“ zugemutet wird, dem Einschreiten des Staates vorzuziehen. Die Schranke, die der Staat zu überwinden hat, wenn er *beansprucht, die Rechte und Interessen anderer Bürger zu schützen*, ist allein wegen der Gefahr einer Umgehung dieses Abstinenzgrundsatzes hoch.

### a) *Freiheit, nicht zuhören zu wollen: negatives Rezipienteninteresse*

Der 1. Zusatzartikel selbst kennt keine negative Rezipientenfreiheit. Das negative Rezipienteninteresse wird *nur als Reflex im Rahmen des „öffentlichen Interesses“* geschützt, auf das sich der Staat *bei der Einschränkung* der Sprache im Rahmen des „strict -, oder „immediate scrutiny test“ (siehe dazu oben unter II 4 b) beruft. Die Freiheit, sich *nicht zu äußern* (negative Äußerungsfreiheit), ist im 1. Zusatzartikel geschützt.<sup>147</sup> Eine „Freiheit“ *nicht zuhören zu wollen*, ist dagegen nicht im 1. Zusatzartikel geschützt. Diese Aussage hat der Supreme Court im Fall „Pollack“<sup>148</sup> getroffen, der die „Berieselung“ der Passagiere mit Musik und Werbung in Straßenbahnwagen zum Gegenstand hatte. Die amerikanische Verfassung schützt auch nicht vor „dem Gang zum Papierkorb“, der bei der Zusendung unerwünschter Sprache notwendig wird.<sup>149</sup> Auch die Last, den Telefonhörer aufzulegen, hält der Supreme Court für zumutbar. So hat er das standesrechtliche Verbot des „cold callings“<sup>150</sup> für „*öffentliche Bilanzprüfer*“ („certified public accountants“) für verfassungswidrig erklärt, weil weder das (negative) Rezipienteninteresse (noch das Äquivalenzinteresse<sup>151</sup>) berührt sei.<sup>152</sup>

---

147 D.Glickman v. Wileman Brothers & Elliot, Inc., 138 L Ed 2d 585, 601.

148 Public Utilities Commission of the District of Columbia v. Franklin S. Pollack 343 U.S. 451, 455.

149 Florida Bar v. Went For It, Inc, Urt.v.21.6.1995, 132 L Ed 2d 541, 549 (= 515 U.S....), zitiert "short, though regular journey from mail box to trash can .. is an acceptable burden." (S.553).

150 Vorher nicht angekündigte Anrufe oder Besuch bei Privatpersonen wie auch Unternehmen, mit denen noch keine Rechtsbeziehung besteht .

151 Soweit die Konfrontation mit Werbung dem Konsumenten eine rationale Nachfrageentscheidung erschwert, wird die Belästigung mit Werbung wegen der Beeinträchtigung des Äquivalenzinteresses untersagt. Siehe auch zur deutschen Rechtsprechung zu Grabsteinvertretern im 7.Kapitel.

152 F. H. Edenfield et. al. v. S. Fane 113 S.Ct. 1792, 1798 (1993) für einen Fall aus Florida unter Hinweis auf Re Primus 345 U.S. 465 f. Angesichts der im öffentlichen Interesse handelnden Bilanzprüfer sei eine Beeinflussung der Kunden - Äquivalenzinteresse - nicht so naheliegend wie bei der persönlichen, nicht angemeldeten Kontaktaufnahme mit Rechtsanwälten, die mit der Verteidigung von Partikularinteressen betraut sind.

b) *Freiheit, einen bestimmten Inhalt nicht zur Kenntnis nehmen zu müssen: Negatives Rezipienteninteresse als Unterfall des Schutzes des Integritätsinteresses*

Die im Ergebnis konkurrierende Meinung von Justice Black<sup>153</sup> in der „Pollack“-Entscheidung hätte darauf vorbereiten können, daß das Recht „nicht zuhören zu müssen“, dann anders zu bewerten ist, wenn die „gefangenen Zuhörer“ („captive audience“)<sup>154</sup> nicht mit Werbung und Musik, sondern mit politischer Sprache konfrontiert werden. Statt dessen bürdet der Supreme Court den Rezipienten eine außerordentlich hohe Vermeidungslast auf. Noch nie hat er *die negative Rezipientenfreiheit selbst durch den 1. Zusatzartikel* geschützt wird. Allenfalls hat das Gericht ein Recht auf „Privatheit“ („privacy“) bejaht, *wenn der Rezipient selbst Gegenstand unzutreffender oder beleidigender Sprache* war.<sup>155</sup>

*Die Vermeidungslast des Rezipienten, der nicht Gegenstand der Sprache ist,*<sup>156</sup> darf nach der Supreme Court Rechtsprechung bei der Haßrede („hate speech“) sehr schwer sein, während sie bei der pornographischen „Sprache“ („obscene speech“<sup>157</sup>) sehr viel leichter sein kann. Dennoch hat der Glaube an werbliche Infor-

153 Public Utilities Commission of the District of Columbia v. Franklin S. Pollack 343 U.S.451.

154 Zur Problematik bei der Konfrontation von Schülern mit einem Kreuz im Klassenraum siehe im 7. Kapitel.

155 W. Fikentscher/Th. Möllers, Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunst darbietung, NJW 1998, 1337, 1339 zur "captive audience" m.w.N. Das us-amerikanische Verfassungsrecht ist durch einen wesentlich restriktiveren Schutz von "*Privatheit*" (*privacy*) gekennzeichnet. Es handelt sich um eine jüngere Rechtsprechung, die vom Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG (i.v.m. Art. 1 Abs. 1 GG) grundsätzlich zu unterscheiden ist, und die deshalb nur in engen Grenzen den Schutz eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts ermöglicht. Siehe nur die Fallgruppen bei W.B. Lockhart/Y. Kamissar/J.H. Choper, St.H. Shiffrin, Constitutional Law, 1986, Abortion, Family living arrangements, Homosexuality, Marriage, Parental rights, Right to die (Index 34). *Im Zusammenhang mit speech geht es vor allem um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch unzutreffende Berichterstattung* ((a.a.O. S. 700-703; 792); siehe auch A. Beater, Zivilrechtlicher Schutz vor der Presse als konkretisiertes Verfassungsrecht, 1996, 45 ff). "Privacy" ist deshalb auf verfassungsrechtlicher Ebene *keine Quelle für eine negative Rezipientenfreiheit*, wie sie der BGH im Rahmen von § 823 BGB gestützt auf Art. 2 Abs. 1 GG entwickelt hat (siehe im 7. Kapitel). Das schließt nicht aus, daß unterhalb des Verfassungsrechts der Gesetzgeber tätig wird und "einfachgesetzlich" die Rezipientenfreiheit schützt - so zum Beispiel vor einem Phänomen, das in Deutschland noch nicht so verbreitet ist: dem Einsatz von automatischen Telefonansageapparaten, die im Tele-Direkt-Marketing benutzt wurden (siehe dazu Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ABl Nr. L144/9, Art. 10.). Das trifft für den Telephone Consumer Protection Act (TCPA) von 1991 zu, der als Section 227 in den Communications Act (47 U.S.C. 227) einging und das Verbot des kommerziellen Telemarketings ermöglichte, wenn vorher keine Geschäftsbeziehung bestand (Dazu Th.Ch. Paefgen, Neues zur Telefonwerbung in den USA, GRURInt. 1993, 208 ff). Für "nicht-kommerzielle Sprache" - wie staatlicher und kirchlicher - erwog die Federal Communication Commission eine Ausnahme vom Verbot der Benutzung dieser Geräte zu machen (FCC 92-176 (38385) v. 17.4.1992 (CC-Docket Nr. 92-90) und Pressemitteilung der FCC v. 16.4.1992, Report Nr. DC-2092; Quelle: Compuserve, Forum: Lawsig, Bibliothek Nr. 0 Dateiname: Tcpa.zip.)

156 Dazu im 7. Kapitel

157 Dazu J. Berman/D. Weitzner, Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media, Yale Law Journal 1995, II, S. 1619, 1631 ff m.w.N., die die Differenzierung des Supreme Court zwischen obszöner und

mationen den Supreme Court bewegt, auch die *vorher nicht angekündigte oder angeforderte* Zusendung von Informationen über Methoden und Produkte der Empfängnisverhütung im Ergebnis als „äußerungsfreiheitlich“ geschützt anzusehen.<sup>158</sup> Der Einwand, daß durch die Zusendung solcher Anschauungsmaterialien Kinder „gefährdet“ werden könnten, bewegt das Gericht zu der Feststellung, daß das *Niveau des Diskurses, der einen Briefkasten erreicht, nicht durch die Inhalte bestimmt wird, die für einen Sandkasten angemessen wären.*<sup>159</sup> Im Ergebnis ähnlich hat das Gericht den Versuch des „Gesetz“gebers beurteilt, „indezente“ (unanständig; anstößig, unschicklich) Sprache im Internet zu verhindern. Das öffentliche Interesse war wiederum der Schutz der Kinder, und deshalb sollte das Internet<sup>160</sup> durch Paßworte und Zugangskontrollen in seiner liberalen Struktur verändert werden. Der dazu ergangene „Communications Decency Act“<sup>161</sup> ist im wesentlichen wegen seiner Unbestimmtheit und der daraus resultierenden Exzessivität (Siehe II 4 c „overbreadth“) für verfassungswidrig erklärt worden.<sup>162</sup> Es gibt Fälle, in denen das negative Rezipienteninteresse als Bestandteil des öffentlichen Interesse - zulasten der Werbung - geschützt werden durfte. Eine personale Werbebeschränkung in Florida verbot Anwälten, die Schadensersatzansprüche aufgrund unerlaubter Handlung einklagen, innerhalb von 30 Tagen nach einem Unfall oder einer Katastrophe ihre Dienste *den Geschädigten oder Angehörigen mittels gezielter „direct mail“-Werbung* anzubieten („targeted letters“).<sup>163</sup> Der Supreme Court konnte hier von einer Beeinträchtigung des negativen Rezipienteninteresses, die *über* die Handlungslast des Wegwerfens des Briefes hinausgeht,<sup>164</sup> überzeugt werden: nämlich der möglichen Irritation und *psychischen Belastung* der Opfer und ihrer Angehörigen, die *vor* dem Gang zum Papierkorb ein-

---

indezenter Sprache schildern, und der obszönen Sprache die Eröffnung des Schutzbereichs des 1.Zusatzartikels verweigern. Siehe dazu den alten Gegensatz zur Haßrede, der selbst das Verbrennen von Kreuzen schützt (E.J.Cleary, *Beyond the Burning Cross: The First Amendment and the Landmark R.A.V. Case*, 1994).

158 Bolger et Al. v. Youngs Drug Products Corp. 463 U.S. 60, (1982).

159 Bolger et Al. v. Youngs Drug Products Corp. 463 U.S. 60, 74 (1982)

160 Zu den Veränderung durch neue Medien J.Berman/D.Weitzner, *Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media*, Yale Law Journal 1995, II, S. 1619,

161 47 USCA §§ 223 (a) und (d).

162 American Civil Liberties Union et al. v. J.Reno, 138 L Ed 2d 874 unter VII, erklärt der Supreme Court für ausschlaggebend, daß - anders als in den Vorentscheidungen zum Telephone Consumer Protection Act (Sable 492 U.S.128) - hier nicht nur commercial speech erfaßt sei. Zur Klägerin des Ausgangsverfahrens siehe D.M.Rabban, *The Free Speech League, the ACLU, and Changing Conceptions of Free Speech in American History*, Stanford Law Review 1992/93, 47, 100 ff.

163 Florida Bar v. Went For It, Inc, Urt.v.21.6.1995, 132 L Ed 2d 541, 549 (= 515 U.S....), 554. Bei Ohralik v. Ohio State Bar Assn. 463 U.S. 447, 468 (1977) handelte es sich um einen Fall des "ambulance chasing", bei der das Gericht sich nicht auf die Schädigung der Äquivalenzinteressen der Opfer stützte, sondern sich - *nach Ansicht der concurring opinion von Justice Marshall zu wenig (469) deutlich* - auf die "negative Rezipientenfreiheit" (privacy) stützte. Das Gericht nahm wieder nur allgemein zum öffentlichen Interesse an der Verhütung von "professional misconduct" Stellung, S. 468).

164 Deshalb sind "ungezielte" direct-mailing Kampagnen weiter zulässig.

tritt.<sup>165</sup> Damit reduziert sich der Schutz des negativen Rezipienteninteresses<sup>166</sup> im amerikanischen Verfassungsrecht nahezu auf den Schutz eines (psychischen) Integritätsinteresses.

c) *Äquivalenzinteresse*

Am stärksten ausgeprägt ist die Offenheit des Äußerungsrechts für den Schutz der Äquivalenzinteressen der Verbraucher.<sup>167</sup> Es gibt im amerikanischen Verfassungsrecht kein „*Recht*“ *des Konsumenten* auf Information. Reflexartig wird das Äquivalenzinteresse des Konsumenten durch die informationsfreiheitliche Determinierung der kommerziellen Sprache (These 3) gewahrt. So ist die irreführende Werbung eben nicht vom Schutzbereich des 1. Zusatzartikels erfaßt. Auch im Rahmen des effektiven Garantiebereichs ist eindeutig, daß der Supreme Court - soweit die *potentiell* irreführende Werbung in den Schutzbereich fällt - vergleichsweise offen für den Schutz des Konsumenten ist. Es ist allenfalls eine Frage der auch im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Werberecht seit langem umstrittenen Details<sup>168</sup>, welchen Irreführungsmaßstab man im konkreten Fall anlegt. Die Akzeptanz des Schutzes vor Irreführung, soweit er das Äquivalenzinteresse betrifft, ist Ausdruck eines untechnischen (es gibt ein Äußerungs*recht* des Werbenden aber keinen Schutz*anspruch* des Rezipienten) Verständnisses der Rechtsgleichheit von Anbietern und Nachfragern. „Commercial speech“ wird nach der gegenwärtigen Rechtsprechung deshalb weniger geschützt als „speech“, weil sie zugunsten der Konsumenten - und also wegen ihrer Folgen („Copnsequentialist approach“) - größeren Einschränkungen unterworfen sein muß.<sup>169</sup> Soweit der Staat *nicht* zum Schutz des Äquivalenzinteresses tätig wird, wie etwa bei der Umweltwerbung<sup>170</sup> oder bei der Alkohol- und Zigarettenwerbung<sup>171</sup> (Integritätsinteresse), unterliegt er gerade bei Werbeverboten einer höheren Argumentations- und Beweislast. Überzeugend wird dieses Ergebnis bei den „vice-Fällen“ nur dann, wenn man das Recht und die Kompetenz der Konsumenten über die Qualität ihres Konsums zu bestimmen, respektiert und deshalb auf der Ebene der

165 Florida Bar v. Went For It, Inc, Urt.v.21.6.1995, 132 L Ed 2d 541, 549 (= 515 U.S....), 554.

166 Soweit der Rezipient nicht Gegenstand der Sprache ist und insoweit in seiner "privacy" berührt ist, ist es nicht gerechtfertigt, von "Rezipientenfreiheit" zu sprechen.

167 44 Liquormart, Inc. v.Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 724 (Alkoholwerbung); R. E.Rubin, Secretary of the Treasury v.Coors Brewing Company 131 L. Ed. 2d 532, 541 zum Verbot der Angabe von Prozentangaben des Alkoholgehalts bei Bier.

168 Dazu siehe 3.Kapitel I 4 h).

169 44 Liquormart, Inc. v.Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 724 (Alkoholwerbung); R. E.Rubin, Secretary of the Treasury v.Coors Brewing Company 131 L. Ed. 2d 532, 541

170 Kritisch dazu, ob Beschränkungen der Umweltwerbung den Test des 1.Zusatzartikels überstehen P.J Tarnsey, Regulation of Environmental Marketing: Reassessing The Supreme Court's Protection Of Commercial Speech, Notre Dame -Law Review Vol. 69 (1993/94), 533, 545 ff.

171 44 Liquormart, Inc. v.Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 724 (Alkoholwerbung); R. E.Rubin, Secretary of the Treasury v.Coors Brewing Company 131 L. Ed. 2d 532, 541

Werbung<sup>172</sup> auch eine (vereinzelt?) Selbstschädigung toleriert. Dazu finden sich allerdings in den grundrechtsdogmatisch mit dem BVerfG nicht vergleichbaren Entscheidungen des Supreme Courts keine Ausführungen; stattdessen begnügt sich der Supreme Court dort auf das Argument des (staatsfreien) Markts der Information.

### III. Grundsätzliche Kritik an der Rechtsprechung des Supreme Court

#### 1. *Weitgehende staatliche Abstinenz auf den Ideen- und Produktmärkten - die Exhumierung von „Lochner v. New York“?*

##### a) *Ungeprüfte Idee vom „Markt der Ideen“ anstatt der Frage nach der Unvollkommenheit auch dieses Marktes*

Der Glaube an das *Funktionieren des Markts der Ideen* („market of ideas“)<sup>173</sup> prägt auch die äußerungsfreiheitlichen Entscheidungen des Supreme Court. Dieses „Ideen“ - also die subjektiven Werturteile in der Werbung wie die werblichen Informationen - werden geschützt, weil sie

- mindestens einen minimalen Informationswert haben und
- weil das Gericht eher den Bürgern die Informationsselektion überlassen will als dem Staat.

Das Gericht nimmt so - stillschweigend - in Kauf, daß dieser kommerziell geprägte „Informationsmarkt“ die Rezipienten vor große Konkretisierungs- und Selektionsaufgaben stellt. Rechtstatsächliche Überlegungen dazu, inwieweit die Rezipienten dieser Aufgabe überhaupt gewachsen sind, werden wegen des abstrakten Ideals eines informierten und kompetenten Rezipienten und wegen der genauso abstrakt unterstellten Paternalisierungstendenz des Staates *nicht* angestellt. Die Existenz und die konkreten Wirkungen einer suggestiven Informationsflut<sup>174</sup> werden vom Supreme Court zugunsten einer *Idee* - des Marketes der das quantitativ größte Angebot von Ideen verlangt - vernachlässigt. Überhaupt nicht berücksichtigt wird, inwieweit die kommerziellen Informationen „verzerrend“ wirken, weil es - faktisch - an der Gegenrede fehlt. So ist der Werbungsmarkt nicht durch eine gleichmäßige Beteiligung aller Unternehmen gekennzeichnet, sondern eben durch die Teilnahme derjenigen, die das Eintrittsgeld für diesen „Markt“ zahlen können. Und insoweit überzeugt auch der pauschale Hinweis auf die *rechtliche* Möglichkeit vergleichender Werbung in „Virginia Pharmacy“<sup>175</sup> nicht. Der Markt der Ideen folgt den gleichen „Gesetzen“ wie der Markt der Waren und entkräftet in der Realität genauso das Ideal des „leistungsgerechten Wettbewerbs“. Nicht derjenige,

172 Behandlungsmethoden müssen den Süchtigen zugänglich sein.

173 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council 425 U.S. 748, 767 (1976).

174 Dazu siehe im 3. Kapitel I 4 c).

175 Dazu siehe Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council 425 U.S. 748, 761 (1976).

der recht hat, wird hier immer überzeugen, sondern derjenige, der finanziell den längeren Atem hat. Vergleichende Werbung erschöpft sich zudem 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 ab 1990. Beide Gesellschaften beschimpften sich kontinuierlich in Gegenanzeigen<sup>176</sup> (keine Form der presserechtlichen Gegendarstellung) und vor Gerichten und gaben dafür in der ersten Hälfte 1990 zusammen ca. \$ 170 Millionen aus<sup>177</sup> - ohne daß sich übrigens die Marktanteile signifikant veränderten. Das mag daher herrühren, daß 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>178</sup>, verdeutlichen die Qualität der Auseinandersetzung. Schriftsätze und Beweismaterial, das 800 000 Seiten in Anspruch nahm, waren Voraussetzung für nur ein Gerichtsverfahren,<sup>179</sup> das dann mit einem Vergleich endete. Diese Dimensionen, die für den amerikanischen Markt bereits aufsehenerregend waren, verdeutlichen das finanzielle Risiko der *Gegenrede* auf dem Markt der kommerziellen Ideen und lassen auch Unterschiede zum nicht-kommerziellen „Meinungs“markt erkennen. Der Supreme Court, der sonst mit Ausflügen in Alltagsweisheiten zu glänzen beliebt,<sup>180</sup> setzt sich gerade mit *diesen* rechtstatsächlichen Aspekten nicht auseinander. Die Bestimmung der Werbung zum Bestandteil amerikanischer Kultur vermag dieses Begründungsungleichgewicht nur zu verhüllen, nicht aber aufzuwiegen. Vor die Wahl zwischen zwei Entscheidungsträger gestellt - Bestimmung des Meinungs- und Informationsangebots durch Private oder den Staat - sieht das Gericht den Staat grundsätzlich immer als die schlechtere Alternative. Es handelt sich um die konsequente Anwendung des Gedankens „in dubio pro libertate“, der zur Verwirklichung eines *Subsidiaritäts*-gedankens führt.<sup>181</sup> Der Supreme Court reduziert so die Einschätzungsprärogative

176 Ein presserechtlicher Fall des "counter advertising", der voraussichtlich neue Fragen an das Gegendarstellungsrecht stellen wird, ist die Anzeige in der FAZ v. 23.6.1998 "Offener Brief an Hubert Burda", der eine auf Erfindungen beruhende Berichterstattung über Caroline von Monaco zum Gegenstand hat.

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

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

179 American Telephone & Telegraph Company v. MCI Communications Corporation et. al., United States District Court, New Jersey, 3.5.1990, 736 Fed.Suppl., 1294, 1300.

180 Etwa in 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 134 L Ed 2d 711, 733, wenn er mit folgendem Beispiel begründet, daß Einschränkungen der Sprache schädlicher sein können als Einschränkungen von Tun: Das Verbot der Erteilung von Angelunterricht könnte schädlicher sein als ein Verkaufsverbot für Fisch, weil ein Fisch einem Menschen nur für einen Tag ernährt, Angelunterricht aber die Versorgung für ein Leben gewährleisten könne.

181 Dieser Subsidiaritätsgrundsatz blickt auf die Entwicklung einer inzwischen aufgegebenen "preferred freedoms doctrine" zurück. Der schematische Ansatz wird auch von D.Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697, 1699 beschrieben und in Gegensatz zu der vom BVerfG geübten, konkreten Abwägungspraxis gestellt. Die dort erfolgende Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des BVerfG mag zugrundegelegt werden - umstritten bleibt damit immer noch, inwieweit diese

des Gesetzgebers und zwingt ihn im Bereich von kommerzieller Aktivität, die **äußerungsfreiheitlich relevant ist, zur Abstinenz.**

b) *Vorrang der Selbstbestimmung gegen verfassungsrechtliche Forderungen nach Vertragsparität*

Diese „commercial speech“-Rechtsprechung wird von der Literatur als Exhumierung einer prägenden, wenn auch in ihrer ratio inzwischen aufgegebenen Entscheidung kritisiert. Die Entscheidung „Lochner v. New York“<sup>182</sup> aus dem Jahr 1905 und die Kritik an ihr ist bedeutend, weil die einschlägigen Argumente durch eine jüngere BVerfG - Rechtsprechung zum „grundrechtlichen Schutz der Vertragsdisparität“<sup>183</sup> auch in Deutschland Aktualität erhält. In „Lochner“ hatte der Supreme Court eine „statute“ (Gesetz, Verordnung), die die Arbeitszeit in einer Bäckerei auf 60 Stunden wöchentlich begrenzen wollte, für verfassungswidrig erklärt. Die **Privatautonomie von Bäckern und Bäckergehilfen, also von zwei „vernünftigen Menschen“**, die an den Staat und seinen Gewalten durch Gesellschaftsvertrag Autorität übertragen hätten, stünde einer staatlichen Regelung entgegen, die den Erfolg eines **eines solchen, privatautonomen Prozesses** vereiteile. **Soweit** reicht nach „Lochner“ die auch von den Vertragsschließenden abgeleiteten Befugnisse des Staates nicht. Zusammengefaßt lautet die ratio der Entscheidung in ihrem Bekenntnis zum **Minderheiten- und Individualrechtsschutz**:

**„But are we all, on that account, at the mercy of legislative majorities?“**<sup>184</sup>

c) *„Commercial speech doctrine“ als Exhumierung von „Lochner v. New York“?*

Theoretisch war der Vorwurf des Supreme Court, die Gestaltungsfreiheit der Privaten sei von der Gnade der Mehrheit in den „gesetzgebenden“ Körperschaften abhängig, überzeugend. In einer praxisnahen Betrachtung handelte es sich bei diesem theoretischen Argument um das Ignorieren der fehlenden Vertragsparität in der Mikroperspektive mit dem Ziel von Gewinn- und Umsatzmaximierung in der volkswirtschaftlichen Markroperspektive. Die vorgebliche Freiheit der Minderheit und/oder der Individuen, die der Gesetzgeber nunmehr im Bereich der

---

fallbezogene Abwägung dem Postulat des "allgemeinen Gesetzes" genügt. Schematisch und grundsätzlich kann von einem Vorrang der Meinungsfreiheit gegenüber persönlichen Freiheitsrechten nicht ausgegangen werden, in eine konkret fallbezogene Abwägung kann der besondere Schutz demokratischer Rechte aber eingehen - so im Ergebnis auch E.Klein, Preferred Freedoms-Doktrine und deutsches Verfassungsrecht, in: Festschrift für E.Benda zum 70.Geburtstag, 1995, S.136, 150.

182 Lochner v. New York 198 U.S. 54, 25 (1905).

183 BVerfG Beschl.v. 19.10.1993 NJW 1994, 36 "Bürgerschaft" und BVerfGE 81, 242, 255 "Handelsvertreter". Siehe die nahezu einhellige Kritik der Zivilrechtswissenschaft, die (ein gewisses Maß) an Imparität als eine Voraussetzung von Vertragsabschlüssen sieht; statt vieler W.Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht AcP 196 (1996), 1 ff; K.Adomeit, Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, NJW 1994, 1467; C.W.Hergenröder, Vertragsimparität und richterliche Inhaltkontrolle, DZWIR 1994, 485, 491.

184 Lochner v. New York 198 U.S. 54, 25 (1905).

„commercial speech doctrine“ zu respektieren habe, ist nach einer Meinung die Exhumierung des Geistes von „Lochner“<sup>185</sup>. Es besteht die inzwischen reale Gefahr, daß dem Gesetzgeber - in Analogie zu Lochner - immer dann verwehrt werde wirtschaftliche Tätigkeit zu regeln - *was er nach dem 5. und 14. Zusatzartikel tun könnte* - wenn „Sprache“ involviert sei oder wird. (Der Kontext mit) Sprache verhindert also die sonst zulässige Regelung von wirtschaftlicher Tätigkeit und führt - nach der hier zugrundegelegten Terminologie - zu einer systemwidrigen Privilegierung der Kommunikationspolitik im Rahmen des Marketing-Mix. Diese Kritik ist auch vor dem Hintergrund der Schrankendiskussion im deutschen Verfassungsrecht wichtig: Auch hier besteht die Gefahr, daß bei *einem ausschließlichen verfassungsrechtlichen Schutz* von Werbung in Art. 5 Abs. 1 GG eine Abspaltung sprachlicher Elemente vom sonstigen Wettbewerbsrecht stattfindet und damit wirtschaftspolitische Optionen durch das Meinungsfreiheitsrecht verkürzt werden.<sup>186</sup> Der meinungsfreiheitliche Schutz von Werbung könnte damit ein rechtliches Instrument zur Durchsetzung von Forderungen nach partiellen, wirtschaftspolitischen „laissez-faire“ werden - ein Kampf, für den das Grundgesetz mit Hilfe des BVerfG „Schlachtfelder“ wie die „wirtschaftspolitische Neutralität“, das Subsidiaritätsprinzip, und/ auch Art. 12, 14, 15 GG bereitstellt. Der Begriff „Schlachtfeld“ verdeutlicht, daß dort vorrangig konkurrierende Interessen der Bürger „geopfert“ oder „konkordiert“ werden müssen; bei der Meinungsfreiheit soll dieses Opfer dagegen vorrangig dem Staat abverlangt werden. „Lochner“ ist längst aufgegeben - die Erfahrung mit Lochner veranschaulicht aber einen Argumentationshintergrund für den „meinungsfreiheitlichen“ Schutz von Werbung.

## 2. *Fehlender Meinungswert von „Werbung“ - der Vorwurf vom „funktionslosen Begriffsdenken“*

Der Supreme Court vertritt in seiner Alkoholwerbungsentscheidung die These der *Eigenständigkeit* von „Sprache gegenüber dem Tun“. Demgegenüber wendet eine Meinung ein, daß wenn Herstellung und *Vertrieb von Alkohol oder Tabak verboten wären*, das egozentische Gewinnstreben der Werbenden wie auch die Kosten dazu führen würden, daß nicht mehr geworben wird.<sup>187</sup> Ein eigenständiger, „*äußerungsfreiheitlicher*“ Wert von (Alkohol- und Zigaretten-)Werbung bestünde nicht; deswegen sei es „non functional definitionalism“ (hier übersetzt mit „funktionsloses Begriffsdenken“)<sup>188</sup>, wenn *die zufällige Betroffenheit von Sprache über den Maßstab, nach dem ein demokratisch legitimierter Gesetzgeber*

185 Th.H.Jackson/J.C.Jeffries, Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment, 65 Virginia Law Review (1979) 1, 31, ff. (1979).

186 Dazu siehe unter ...

187 Th.H.Jackson/J.C.Jeffries, Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment, 65 Virginia Law Review (1979) 1, 35.

188 Th.H.Jackson/J.C.Jeffries, Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment, 65 Virginia Law Review (1979) 1, 37(1979).

*handele, bestimme.* Im amerikanischen Kontext mündet dieser Befund in einer Forderung nach *judicial self-restraint*<sup>189</sup> bei der Konkretisierung von „speech“ als „commercial speech“.

Im verfassungsrechtlichen Kontext könnten diese Argumente vor allem gegen die *alleinige* Verortung der Werbung in Art. 5 GG ins Feld geführt werden. Einschränkung ist allerdings zu fragen, wie bei einem hypothetischen „ideellen Sprachszenario“ der über die verbotene Tätigkeit hinausgehende Wert wie auch die Kontinuität der Äußerung zu bewerten ist. Beispiele fehlen in der hier referierten Kritik. Ausschlaggebend könnte der Rekurs auf das durch die Kommunikationsrechte abgesicherte, System des „offenen Diskurses“ sein, das die Bewertung auch rechtswidriger Tätigkeiten zumindest prozedural zu einer Option wie auch Funktion des Diskurses macht.

### 3. „Free flow of information“ als Mittel und „quest of truth“ als Ziel

Es handelt sich um einen von der grammatischen Auslegung vollkommen gelösten Kritikansatz. Ohne Beachtung des Wortlauts der betroffenen Zusatzartikel wird nach der „background justification“ („Hintergrundrechtfertigung“)<sup>190</sup> von Äußerungsfreiheit gefragt.<sup>191</sup> Jede Rechtssetzung beanspruche (*bei Vorliegen der schutzbereichsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen*) ein bestimmtes Ziel (durch Steuerung von Verhalten) möglichst gut zu erreichen.<sup>192</sup> Und dieses Ziel wird dann zur „background justification“ für eine bestimmte Norm. Konsequenter mündet diese Betrachtung in den Vorschlag einer Konkretisierung des 1. Zusatzartikels mit dem Inhalt:

**„Der Kongress soll kein Recht schaffen, das die Suche nach Wahrheit beeinträchtigt“.**<sup>193</sup>

Diese Reduzierung des ersten Zusatzartikels begegnet methodischen Einwänden: Besteht hier nicht die Gefahr eines Zirkelschlusses? Der Kreislauf aus einem „Ziel“, das dann zur „Hintergrundrechtfertigung“ wird, ist sehr eng. Das Erdenken der „Ziele“ ist zudem beschränkt durch die Phantasie des Interpreten - kann man denn wirklich annehmen, daß die Suche nach - zu unterstellen ist: mehr als sub-

---

189 Im gemeinschaftsrechtlichen Kontext wurde diese Problematik in einem hypothetischen "Keck-Szenario" im Rahmen von Art. 30 EGV eingearbeitet (siehe 6. Kapitel III 5).

190 F. Schauer, *The second-best First Amendment*, *William & Mary Law Review* 1, f(1989).

191 In unserem dogmatischen Verständnis könnte die Suche nach der "background justification" einem institutionellen Grundrechtsverständnis wie auch einer systemtheoretischen Betrachtung, die die Funktion aber auch Autarkie des Subsystems für das ganze System fordert, entsprechen. Im Unterschied zur teleologischen Auslegung ist diese Betrachtung unabhängig vom Wortlaut der Norm - auch wenn das Ergebnis eine grammatische Änderung sein kann.

192 Die Parallele ist die berühmte *Miranda warning*, die bei jeder polizeilichen Festnahme erklärt werden muß (*Miranda v. Arizona*, 348 U.S. 436 (1966)).

193 F. Schauer, *The second-best First Amendment*, *Wm. & Mary L.Rev.* 1, S.5 (1989).

jektiver - Wahrheit *die* Hintergrundrechtfertigung<sup>194</sup> für die Äußerungsfreiheit ist? Bedeutet es nicht auch eine Entlastungs- und Befriedungschance, sich sprachlich mitzuteilen und so Aggressionen sublimieren, und Probleme - vielleicht auch durch das Nichtaussprechen der Wahrheit - lösen zu können?<sup>195</sup> Und was haben pure Werturteile mit *der* intersubjektiven Wahrheit zu tun - sind sie deshalb äusserungsfreiheitlich nicht oder weniger geschützt? Diese (unbeantworteten) Fragen entwerfen *materiell* die Ergebnisse einer *nur* auf die „Hintergrundrechtfertigung“ gestützten Konkretisierung. *Prozedural* ist die These von der „Hintergrundrechtfertigung“ nach hier vertretener Ansicht zutreffender Weise eine Aufforderung, zwischen *Ursprung und Wirkung der Verleihung eines Rechts zu differenzieren* und in der jeweiligen Entscheidungssituation die Wirkung der hypothetischen Entscheidung am Ursprung zu messen.

Die Frage, die es zu beantworten gilt, ist, ob der äusserungsfreiheitliche Schutz von Werbung eine „Behinderung der Suche nach Wahrheit zu werden droht“. Aus dieser Perspektive könnten vor allem die suggestive und die irreführende und/oder unzutreffende Werbung kritisiert werden:

(1) *Suggestive Werbung*. Solange der Marlboro Cowboy über die Weiten von Amerika galoppiert, solange wird die Realität der verqualmten Restaurants und das Elend der an Lungenkrebsleidenden sich nicht aufdrängen. Wenn dann interaktiv und harmonisch die vom Anzeigenvolumen abhängige Presse nicht (mehr) über die Nachteile von Tabakkonsum berichtet,<sup>196</sup> dann wird Werbung zum Stolperstein für die Suche nach Wahrheit. Solange die Alkoholwerbung erfolgreiche Menschen bei exklusivem Freizeitsport abbildet, solange werden Menschen versucht sein, den alkoholkranken Penner an der Ecke nicht mit dem täglichen Glas Wein, das zur Flasche wird, in Verbindung zu bringen. Das entscheidene Problem bei suggestiver Werbung ist das Vermischungsproblem, weshalb eine grundsätzliche Ausklammerung der „suggestiven Werbung“ aus dem Äußerungsfreiheitsrecht in der Praxis äußerst schwierig ist.<sup>197</sup>

(2) *Irreführende Werbung*. Es besteht wegen der Folgen für Konsumenten wie auch Mitbewerber ein erhöhtes Interesse an Wahrheit. Vor allem auch deswegen, weil sich Werbung die Verbreitung in Massenmedien kaufen kann. Eine Forderung, die auch die „*potentiell irreführende*“ Werbung - *die entgegen der Rechtsprechung des Supreme Court* - aus dem Schutzbereich des 1. Zusatzartikels aufklammert, wäre so zu begründen.

---

194 Skeptisch auch R.A.Cass, *Commercials Speech, Constitutionalism, Collective Choice*, 56 *Cincinnati Law Review* 1317, 1323 m.w.N.(1988).

195 So auch H.L.Tribe, *Constitutional Law*, 1988, S.787: "emotive role of free expression - its place in the evolution, definition and proclamation of individual and group identity".

196 So C.E.Baker, *Advertising and a Democratic Press*, 1994, S. 52 vergleicht die Chancen einer Schlagzeile: "78 Menschen tot bei Flugzeugunfall" mit der Schlagzeile "Statistiken der Krankenhäuser zeigen, daß heute 822 Leute durch Zigaretten gestorben sind". Zwar handele es sich um eine Schlagzeile, die jeden Tag erscheinen könne. Bemerkenswert sei aber, daß wissenschaftlichen Untersuchungen über die Krebsgefährlichkeit anderer Produkte sowie allgemein über Gesundheitsgefährdungen eine viel intensivere Berichterstattung erführen.

197 Dazu bereits im 3.Kapitel I c.

Für die „commercial speech doctrine“ könnte das äußerungsfreiheitliche telos der „Nichtbehinderung der Suche nach Wahrheit“ zumindest *neben* anderen Argumenten Überzeugungskraft entfalten. „Die Suche nach der Wahrheit“ die hier anzustreben ist, ist die Verbreitung von der Überprüfung zugänglichen Behauptungen über ein Produkt oder Unternehmen. Die Verengung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs für kommerzielle Sprache ist methodisch weder durch den offenen Wortlaut von „speech“ oder „Meinung“ ausgeschlossen und wird im deutschen Verfassungsrecht durch eine BVerfG-konforme Interpretation des allgemeinen Gesetzes im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG ermöglicht.<sup>198</sup>

#### **4. Forderung nach gleichem Schutz für „kommerzielle“ und „nicht-kommerzielle“ Sprache**

##### **a) Keine größere Resistenz von kommerzieller Sprache**

Die These von der größeren Härte („durability“) kommerzieller Sprache, die der Supreme Court (II 5 c) vertreten hat, ist von der Kritik mit dem Ziel angegriffen worden, einen einheitlichen Schutz für „kommerzielle“ und „nicht-kommerzielle Sprache“ zu fordern. Die Werbung sei nur *ein* Bestandteil des Marketing-Mix, der zur Umsatz- und Gewinnerhöhung führen soll<sup>199</sup>. **Die Unternehmen könnten Profitziele verfolgen, auch ohne daß sie werben.<sup>200</sup> Wenn sie entmutigt würden, dann bestünde die Gefahr, daß kommerzielle Meinungen durch anderere Marketinginstrumente „ersetzt“ und insoweit Information dem Meinungsmarkt vorenthalten würde.** Dieser Ansatz wird aber mit guten Gründen nicht konsequent zu Ende gedacht: andere Formen des Marketing sind Preisnachlässe (Kontrahierungspolitik) oder die Herstellung besserer Produkte, etwa durch die Revision von Produktionstechniken oder die Förderung von Qualitätszirkeln (Produktpolitik). So würde offengelegt, daß der besondere Schutz „kommerzieller Sprache“ und auch dazu führen kann, daß Produkte in ihrer materiellen Qualität suboptimal bleiben und nur durch die Qualität der sie bewerbenden Sprache als optimal stilisiert werden. „Information“ über suboptimale Produkte statt Realisation optimaler Produkte - so umschrieben rechtfertigt der einheitlichen und gleichen Schutz erheischende Ansatz eher die hier vertetene Gegenauffassung.

##### **b) Keine leichtere Verifizierbarkeit der kommerziellen Sprache**

*Nicht im Grundsatz, aber en Detail* ist der Kritik an der „conditio sine qua non-Formel“ des Supreme Courts eine wichtige Aussage zu entnehmen: Entscheidend ist, ob die richterlichen Maßstäbe an die Wahrheit und fehlende Irreführung werb-

---

198 Siehe dazu im 7.Kapitel.

199 J. P. Singal, The Risk of Chill: The Cost of the Standards governing the Regulations of False Advertising under Section 43 (a) of the Lanham Act, 77 Virginia Law Review (Va. L.Rev). 339, 348, 382.

200 Richard M.Schmidt/Robert Clifton Burns: Proof or Consequences: False Advertising and the Doctrine of Commercial Speech Cincinnati Law Review 56 (1988) 1273,1292.

licher Aussagen für den Werbenden ex ante vorhersehbar sind<sup>201</sup>. Wenn das nicht der Fall ist, dann setzt sich der Werbende mit seiner Werbung einem erhöhten Prozeßrisiko aus. *Das kann dazu führen, daß nicht Formen der informativen Werbung gewählt werden, sondern die Flucht in das Werturteil (suggestive Werbung) erfolgt.* So wird erneut der Ausgangspunkt des verfassungsrechtlichen Schutzes von Werbung selbst in Frage gestellt: Die Werbeformen mit dem geringsten Informationswert, die dem Verbraucher die meisten Recherchekosten verursachen, beherrschen dann den Werbemarkt.<sup>202</sup> Um dieser Gefahr Rechnung zu tragen, muß auch eine auf Art. 12 GG gestützte, betätigungsfreiheitliche Werbungsrechtsprechung in besonderem Maße um Transparenz und Vorhersehbarkeit bemüht sein.

Neben der grundsätzlichen Kritik an der These des Supreme Court, daß der Werbende eine bessere Kontrolle über den Wahrheitsgehalt seiner Äußerung habe, wird auch Detailkritik erhoben. Zunehmend zwingt der Gesetzgeber und/oder die Rechtsprechung die Hersteller zur Substantiierung jedenfalls der Verpackungswerbung.<sup>203</sup> Diese von außen (heteronom) auferlegten Substantierungspflichten widersprechen der Annahme einer besseren Kontrolle über den Wahrheitsgehalt, weil der Umfang der Äußerung nicht mehr vom Werbenden bestimmt wird. Die Befürworter, die einen einheitlichen Schutz für kommerzielle und nicht-kommerzielle Sprache verlangen, gehen davon aus, daß heteronome Substantierungspflichten autonome Kontrolle über die Wahrheit der Werbung erschweren.<sup>204</sup> In der Realität wird man die Hersteller aber daran festhalten müssen, daß sie grundsätzlich das beste Wissen über ihre Produkte haben müssen.<sup>205</sup>

##### **5. Schutz von „Commercial speech“ zulasten von „non commercial speech“ - das Relativierungsargument („dilution“) bei „City of Cincinnati v. Discovery Network Inc.“**

###### **a) „Verwässerung“ durch Prozeß („dilution by leveling“)**

Ein schwerwiegende Argument gegen die Zuordnung kommerzieller Sprache zur Meinungsfreiheit im deutschen Recht könnte die Gefahr der „Verwässerung“ des meinungsfreiheitlichen Schutzes von „nicht-kommerzieller Sprache“ sein. Diese Gefahr ist nicht auszuschließen, wenn „kommerzielle“ und „nicht-kommerzielle“ Sprache **von einem Rechtsprechungsorgan anhand derselben grammatischen**

201 Richard M.Schmidt/Robert Clifton Burns: Proof or Consequences: False Advertising and the Doctrine of Commercial Speech Cincinnati Law Review 56 (1988) 1273,1292 .

202 J. P. Singal, a.a.O., S. 383.

203 Dazu siehe im 3.Kapitel I 4 c ee).

204 Anderer Meinung mit Fällen aus der Entscheidungspraxis der Federal Trade Commission Richard M.Schmidt/Robert Clifton Burns: Proof or Consequences: False Advertising and the Doctrine of Commercial Speech Cincinnati Law Review 56 (1988) 1273, 1283 ff , 1292.

205 So etwa auch § 4 des deutschen Produktgesetzes zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und zum Schutz der CE-Kennzeichnung (Produktsicherheitsgesetz) BGBl. I, 1997, 934.

*und unterschiedlicher teleologischer Kriterien geprüft wird.* Das amerikanische Verfassungsrecht, das sich für einen äußerungsfreiheitlichen Schutz von kommerzieller Sprache entschieden hat, differenziert deswegen kategorisch zwischen „kommerzieller“ und „nicht-kommerzieller“ Sprache: der Supreme Court führt das Relativierungsargument („dilution by leveling“) ausdrücklich als Begründung dafür an, um den *Schutz einer einheitlichen Kommunikationsfreiheit im 1. Zusatzartikel abzulehnen. Er verlangt deshalb unterschiedliche „tests“ für „kommerzielle“ und „nicht-kommerzielle Sprache“.*<sup>206</sup> Gleichzeitig gesteht er aber auch ein, daß eine begriffliche Trennschärfe nicht vorliegt und deshalb immer die Gefahr besteht, daß „speech“ irrtümlicherweise als „commercial speech“ behandelt wird.

b) „Verwässerung“ durch ein materielles Äquivalenztheorem

In der jüngeren Rechtsprechungspraxis geben einige der Justices diese Trennung partiell auf. Der Anlaß ist wiederum - wegen der Natur der Sache?<sup>207</sup>- die sogenannte *Interessentenpresse* (zum Begriff siehe im 5. Kapitel II 2 c bb ). Bedeutsam ist, daß es sich nicht um Presse im Sinne von „speech“, sondern nach Ansicht des Gerichts um „commercial speech“ handelt. Eine Satzung der Stadt Cincinnati wollte ästhetischen und verkehrssicherheitlichen Belangen durch ein Verbot von Zeitungsständern („news racks“) auf öffentlichen Grundeigentum Rechnung tragen. Diese Ständer enthielten Anzeigenblätter, die nur sehr geringfügig über lokale Angelegenheiten informierten, und selbst nicht in Frage stellten, „commercial speech“ zu sein.<sup>208</sup> Ein Verbot von Zeitungsständern für mediale Sprache, also „normale“ Zeitungen, wurde *nicht* verhängt. Der Supreme Court stellte zunächst fest, daß kommerzielle wie mediale Sprache in Zeitungsständern angeboten werden können. Er überprüft dann, ob die Beschränkung *geeignet* und verhältnismäßig ist, das vorgegebene Interesse - Schutz der Verkehrssicherheit und Ästhetik des Straßenbildes - zu erreichen („reasonable fit“)<sup>209</sup>. Aus zwei Gründen wäre hier nach der bisherigen Rechtsprechung *ein großzügiger Maßstab* zu erwarten gewesen:

- zum einen handelt es sich um eine Beschränkung der *Art* der Meinungsverbreitung, und nicht des *Inhalts* (Fall der „time, place, manner-restriction“), und
- zum zweiten handelt es sich um die Einschränkung der Verbreitungsmöglichkeit von „commercial speech“, also einer Sprache mit *weniger* Schutzanspruch.

Die Mehrheit im Supreme Court war anderer Meinung: sie stellt fest, daß die Unterscheidung von kommerzieller und medialer Sprache angesichts der durch die die Einschränkung der Äußerungsfreiheit zu schützenden Rechtsgüter nicht ausreiche, um die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die „*Geeignetheit*“ und

206 Florida Bar v. Went For It, Inc. Urt.v.21.6.1995, 132 L Ed 2d 541, 549 (= 515 US...) .

207 Siehe die Behandlung der Interessentenpresse "markt intern" in UWG....und EMRK ...

208 City of Cincinnati v. Discovery Network Inc.113 S.Ct. 1505, 1511-1516 (1993)

209 Dazu siehe II 4 c).

„*Verhältnismäßigkeit*“ (siehe oben unter II 4 c); Ebenen (2) und (3) des „intermediate scrutiny tests“) zu erfüllen.<sup>210</sup> *Zutreffende und nicht irreführende kommerzielle Sprache müsse äußerungsfreiheitlich wie nicht - kommerzielle Sprache behandelt werden* - eine Auffassung, die als „Äquivalenztheorem“ bezeichnet werden kann. Äußerungsfreiheitlich sei gefordert, daß Cincinnati *die Aufstellung aller Ständer* untersage; das Aufstellen von Ständen also weder für die mediale noch für die kommerzielle Sprache zulässig ist. Das Argument, daß „nicht-kommerzielle Sprache“ mit ihrem Informationswert wichtiger und deshalb bei einer Abwägung mit der Ästhetik anders behandelt werden müsse, wird abgelehnt. Die Entscheidung bietet auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß sie anders erfolgt wäre, wenn es sich um Werbung als „commercial speech“ gehandelt hätte.<sup>211</sup>

Die Kritik von Chief Justice Rehnquist sieht in dieser Entscheidung zu Recht eine Überstrapazierung der Verfassung, wenn Richter zu Ästhetik-Sachverständigen werden:

Little can be gained in the area of constitutional law, and much lost in the process of democratic decisionmaking, by allowing individual judges in city after city to second-guess ... legislative ... determinations - on such matters as esthetics.“

Mit dieser Entscheidung steht fest, daß - jedenfalls bei Beschränkungen des Verbreitungsorts („place“-restrictions“) - „*kommerzielle Sprache*“ *einen Gleichbehandlungsanspruch zu „nicht-kommerzieller Sprache“ hat*. Insoweit ist die „commercial speech doctrine“ zur „speech doctrine“ geworden.<sup>212</sup> Diese Analyse einer (partiellen) Aufgabe der „commercial speech doctrine“ stützt sich auf Ausführungen des Supreme Court zur partiellen, inhaltlichen Deckungsgleichheit von Presse auf der einen und Werbung in der „Interessentenpresse“ auf der anderen Seite. Im entschiedenen Fall durfte die „Sprache“ nicht eingeschränkt werden, so daß *im Ergebnis* durch die Entscheidung eine Schwächung der „(nicht)kommerziellen Sprache“ nicht feststellbar ist.

Über diese Entscheidung hinaus ist in einer grundsätzlicheren Betrachtung nicht ausgeschlossen, daß die Verbreitungsrechte für die „nicht-kommerzielle Sprache“ durch den *Kombinationszwang* im Sinne der „Cincinnati-ratio“ geschmälert werden. Dann nämlich, wenn ein hypothetisches Cincinnati-Szenario vorläge, bei dem eine Konkordierung von Verkehrssicherheitsbelangen und Äußerungsfreiheit dergestalt möglich wäre, daß die Untersagung von Ständern für *eine* Sprachart ausreichen würde, um die Ästhetik und den Verkehrsfluß auf den Bürgersteigen

210 E.McAndrew, *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*: Elevating the Value of Commercial Speech, 43 *Catholic University Law Review*, 1247, 1278 ff (1994).

211 Wie seinerzeit in *Valentine v. Chrestensen* 316 U.S. 52 (1942).

212 Chief Justice Rehnquist, with whom Justice White and Justice Thomas join, dissenting: Thus, despite the fact that we have consistently distinguished between commercial and non-commercial speech for the purpose of determining whether the regulation of speech is permissible, the Court holds that in attempting to alleviate its newsrack problem Cincinnati may not choose to proceed incrementally by burdening only commercial speech first.

nicht übermäßig zu beeinträchtigen. Die Kombinationsratio stünde in diesem Szenario dem milderen Weg, der ausschließlichen Einschränkung der „kommerziellen Sprache“, entgegen.<sup>213</sup> „Kommerzielle Sprache“ ist so auf dem Weg, „nicht-kommerzielle Sprache“ in ihren Verbreitungsmöglichkeiten zu beschränken, weil eine Untersagung nur dann verfassungsrechtlich zulässig wäre, wenn Ständer für beide Sprachen untersagt werden.

### c) *Sprache wieder als „preferred freedom“*

Aus gegenwärtiger Sicht ist das Ergebnis dieser Rechtsprechung nicht eine Abschwächung von „nicht-kommerzieller“ oder „kommerzieller Sprache“ sondern eine Stärkung von Sprache im Prozeß der Konkordierung mit anderen Werten und Rechtsgütern - wie insbesondere Ästhetik und negative Rezipientenfreiheit. Die Entscheidung könnte damit Wegbereiter einer neuen „preferred freedoms doctrine“ werden, die Sprache grundsätzlich den Vorrang vor anderen gesellschaftlichen Werten „wieder“<sup>214</sup> einräumt. So lautet auch die Skepsis von Chief Justice Rehnquist, der nunmehr befürchtet, daß Cincinnati überhaupt nichts mehr gegen die Verunstaltung („visual clutter“) unternehmen kann und wird. Denn: daß ein Verbot der Aufstellung der Zeitungsständer *auch* für mediale Sprache die Prüfung anhand des 1. Zusatzartikels besteht, erscheint gerade im Fall Cincinnatis bereits aus tatsächlichen Gründen wenig wahrscheinlich.<sup>215</sup> Rechtlich befindet sich zudem gerade die „time place manner - restriction“ von medialer Sprache deutlich näher am Begriffskern, für den auch höhere Schutzintensität gewährleistet ist. In dieser Entscheidung scheint damit ein quantitatives „Mehr“ an Formen von Sprache, die meinungsfreiheitlich geschützt sind, nicht in einem qualitativen „Weniger“ an Schutz für ideelle Sprache zu münden.

## IV. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen für das deutsche Verfassungsrecht

### 1. *These 1: Definitionsgewißheit?*

(a) *Unterschied zur „nicht-kommerziellen“ Sprache.* Der Supreme Court geht ein (II 5 d), daß das Definitionsproblem nicht grundsätzlich gelöst, son-

---

213 Es könnten auch nicht die Zeitungsständerkontingente unter den jeweiligen Anbietern beider Sprachformen aufgeteilt werden, weil so die von "Cincinnati" untersagte Diskriminierung der einen oder anderen Meinungen vorläge.

214 Siehe zur Geschichte Ch. Stalder, "Preferred Freedoms" Das Verhältnis der Meinungsäußerungsfreiheit zu den anderen Grundrechten, Bern. 1977, S. 69 ff.

215 Rein tatsächlich war die Geeignetheit der Untersagung fraglich, weil die Verkehrssicherheit durch die aufgestellten Ständer nur unerheblich gefährdet wurde und das Hauptziel - nicht kommerzialisierte Straßenbilder - angesichts des Verbots von ca. 60 auf öffentlichem Grund befindlichen Ständern, aber dem gleichzeitigen Verbleiben von ca. 1500-2000 solcher Ständer auf Privatgrund nicht erreicht werden konnte.

dem nur anhand des konkreten Einzelfalls beurteilt werden kann (II 5d). Das grundsätzliche Problem der „dilution“ wird erkannt.

Mit der Behandlung des „Cincinnati-Falls“ (III) hat sich neben der definitiven Ungewißheit die Gefahr angedeutet, daß der Schutz „kommerzieller Sprache“ sich im Ergebnis zulasten der „nicht-kommerziellen Sprache“ auswirkt.

- (b) *Unzutreffend versus irreführend.* Nicht überraschend hat der Supreme Court diese Frage - wie das Gemeinschaftsrecht und das UWG - nur mit Konkretisierungskriterien versehen können. Die Unterscheidung zwischen „irreführender“ und „potentiell irreführender“ Werbung (II 6 e cc) läßt nur den Schluß zu, daß zumindest eine zutreffende und überprüfbare Aussagen in der Werbung enthalten sein muß. Das Hauptproblem ist dann die Unterscheidung der Halbwahrheiten<sup>216</sup>, die irreführen, von anderen, die nur potentiell irreführen.
- (c) *Problem der Systemgerechtigkeit bei einem unterschiedlichen Schutz der „kommerziellen“ und „nicht-kommerziellen Sprache“.* Der Supreme Court vertritt in den geschilderten Entscheidungen eine formale und *Ursprungsbeurteilung*. „Sprache“ wird geschützt, ohne daß die Folgen für die Rezipienten zum Verbot der Äußerung führen. Es gibt zwei größere<sup>217</sup> Ausnahmen, nämlich den Schutz des Äquivalenzinteresses durch das „Verbot“ irreführender Werbung und - in Extremfällen - das Verbot der belästigenden Werbung am Krankenbett oder durch gezielte Briefaktionen an Unfallopfer (siehe unter II 8).

Die Antwort auf die Frage nach dem kleineren Vertrauen in die Intelligenz der Rezipienten ist damit eine *Folgenbetrachtung, die aber wiederum nur die Folgen für das Äquivalenzinteresse der Rezipienten wie die Mitbewerber einbezieht* (II 6 e bb). Die *Folgen* von „nicht-kommerzieller Sprache“ werden demgegenüber in Kauf genommen, weil - wie bei „Lochner“ - der einzelne, und nicht die Mehrheit in der Gesetzgebung über den Wert von Sprache entscheiden soll.

## 2. These 2: Erstarkung der „commercial speech“

Es ist unbestritten, daß der Schutz der „commercial speech“ *im amerikanischen Verfassungsrecht* in der Theorie und Dogmatik einem Siegeszug gleichkommt. Von den mageren Anfängen des Umgehungsarguments in „Valentine v. Chrestensen“ bis zu „City of Cincinnati v. Discovery Network Inc.“ spannt sich ein weiter Bogen. „City of Cincinnati v. Discovery Network Inc.“ kündigt *rechtliche*<sup>218</sup> Gefahren für die Position der nicht-kommerziellen Sprache um den Rezipienten an. Ob sich diese Gefahr in weiteren Entscheidungen verwirklicht, wird abzuwarten bleiben.

Die Entscheidungen des Supreme Court zum Verhältnis von Produktions- und Vertriebsbeschränkungen zu Werbeverboten bei der Alkoholwerbung in „44 Liquormart“ und die Mindermeinung bei der landwirtschaftlichen Gruppenwerbung „Glickman Brothers“ zeigen die Kommunikationspolitik als *verfassungsrechtlich privilegiertes Element im Marketing-Mix*. Nach hier vertretener Meinung ist die-

216 Dazu siehe im 3. Kapitel 4 c) und h).

217 Eine dritte, die aber eine nähere Darstellung verlangt, wäre die Verengung des Schutzes für „pornographic and obscene speech“; W.B.Lockhart/Y. Karnissar/J.H.Choper, St.H.Shiffrin, Constitutional Law, 1986, S. 709-737, 765 ff.

218 Zu den tatsächlichen siehe die lesenswerte Arbeit von C.E.Baker, Advertising and a Democratic Press, 1994.

se Rechtsprechung vor dem spezifisch amerikanischen Hintergrund der Schwäche der „due process“-Klausel zu sehen. Festzuhalten ist, daß, wenn eine Rechtsordnung weiteste Prognose- und Entscheidungsspielräume bei der Wirtschaftslenkung akzeptiert,<sup>219</sup> der äußerungsfreiheitliche Schutz von Werbung ein Stolperstein *für Beschränkungen der Sprache* werden kann - auch wenn das nach hier vertetener Ansicht systematisch nicht gerechtfertigt ist.<sup>220</sup>

### 3. *These 3: Informationsfreiheitlicher Schutz von Werbung*

Der informationsfreiheitliche Schutz von Werbung hat zur Folge, daß der Supreme Court nicht an der Existenz einer „Meinung“ wegen der Vielzahl der Autoren (Werbende, Werbagenturen und Werbeträger) zweifelt. Die Betonung der „Information“ dient im amerikanischen Recht vor allem dazu, *Werbeverbote* anzugreifen. Das ist die Geschichte von „Virginia Pharmacy“ bis zu „44 Liquormart“. Wenn der Staat hier zutreffende Sprache einschränken will, hat er eine nahezu unüberwindliche Argumentations- und Beweislast. Die neuen Erkenntnisse über die Suchtbildung von Nikotin lassen es nicht ausgeschlossen erscheinen, daß Werbeverbote, die von der FTC erwogen werden, den Anforderungen genügen werden.

Der informationsfreiheitliche Ausgangspunkt hat bisher seine Brisanz noch nicht entfaltet. Der Test könnte allerdings die jetzt in einigen Staaten eingeschränkte Umweltwerbung werben,<sup>221</sup> bei der Unternehmen sich als umweltbewußt mit suggestiven Slogans gerieren. Es wird abzuwarten sein, inwieweit der Supreme Court die Einschränkung dieses „puffing“ mit der fehlenden Information der Rezipienten rechtfertigt.

### 4. *Schlußfolgerungen für das deutsche Recht*

#### a) *Relativierungsargument*

Wenn hier für das amerikanische Recht eine *Gefahr der prozeduralen und materiellen Relativierung des Schutzes von nicht-kommerzieller Sprache* erkannt wird, dann mögen diese Befürchtungen auf bundesdeutsches Verfassungsrecht in den „Händen“ des BVerfG nicht unmittelbar übertragen werden können.<sup>222</sup> Die geschilderte Entwicklung belegt aber die Visionskraft der älteren deutschen Literatur,<sup>223</sup> die dieser Relativierung durch die Trennung des Schutzes in Art. 12 und Art. 5 GG vorbeugen wollte.

---

219 Wie der EuGH in der Bananenfrage; siehe etwa Th.Stein, "Bananen-Split", EuZW 1998, 261.

220 Dazu siehe im 7.Kapitel.

221 P.J.Tarnsey, Regulation of Environmental Marketing: Reassessing The Supreme Court's Protection Of Commercial Speech, Notre Dame - Law Review Vol. 69 (1993/94), 533, 540 ff.

222 Und selbst *eine*, unterstellt fehlerhafte, Entscheidung des Supreme Court ist vielleicht ein zu geringer Beleg für diese Befürchtung (City of Cincinnati v. Discovery Network Inc. 113 S.Ct. 1505). Zumal nicht sicher ist, ob der Supreme Court das hypothetische Cincinnati - Szenario wirklich so entscheiden würde. Möglich wäre auch, daß er die Kombinationsratio nur auf solche Fälle erstreckt, in denen die Einschränkung der Meinungsfreiheit *nicht* gerechtfertigt werden kann; und Fälle, in denen sie gerechtfertigt werden könnte, nach einer Eingriffsminimierungsmaxime (Ebene 3 "overbreadth"- Betrachtung) behandelt werden könnten.

223 7.Kapitel

b) *Negative Rezipientenfreiheit und öffentliches Interesse*

Ein Grundsatz des (einseitigen) Informationsflusses - „free flow of information“ - ist Quelle des „meinungsfreiheitlichen Schutzes“ von Werbung. Dieser Grundsatz entwickelt sich zu einem Strom, der andere, in der amerikanischen *Verfassung* grammatisch nicht geschützte Gemeinschaftswerte und Individualrechtsgüter, wie Ästhetik oder negative Rezipientenfreiheit, zu überschwemmen droht. Die amerikanische Erfahrung zeigt, daß man nach der Maxime „Wehret den Anfängen“ zwar den „meinungsfreiheitlichen“ Schutz von Werbung auch mit verfassungskonstruktiven Argumenten ablehnen kann. Wenn diese Bedenken die zuständigen Gerichte nicht überzeugen, dann werden zwei Aspekte für die Werbewirklichkeit entscheidend. Zum einen die Beantwortung der Frage, inwieweit *Allgemeinwohlbelange* - beispielsweise Verunstaltungssatzungen in Ortskernen, die Werbung verbieten - als Werbungs- und/oder Meinungsfreiheitseinschränkungen auch den „Test“ nach Art. 5 GG (Art. 10 EMRK) bestehen können<sup>224</sup>. Zum zweiten, inwieweit Rechtswissenschaft und Rechtspraxis auf Art. 2 Abs. 1 GG wie auch Art. 8 EMRK rekurren, um die *negative Rezipientenfreiheit* zu extensivieren. ***Dann wird die Subsumtion von Werbung als „Meinung“ nicht mehr die „Antwort“ sein, sondern die Vorfrage, die zur Konkordierung betroffener Grundrechte im Einzelfall führt.*** Bevor diese Fragen des effektiven Garantiebereichs in der deutschen Verfassung beantwortet werden, widmen sich die nächsten beiden Kapitel der Frage, ob und inwieweit die Europäische Menschenrechtskonvention und das Gemeinschaftsrecht diese Fragen entscheiden haben.

---

224 Einen Überblick über die Rechtsprechung bieten die Zitate der Entscheidung *City of Ladue v. Margaret P. Gilleo* Urt.v. 13.6.1994, die ein weitgehendes Verbot der Aufstellung oder Anbringung von Schildern auf Privatgrund zum Gegenstand hatte, mit dem Ziel Verunstaltungen vorzubeugen. Das Interesse "visual clutter" zu vermeiden reichte aber als Rechtfertigung für das Verbot der Anbringung eines Schildes mit einem "Anti-Golfkrieg-Aufruf" nicht aus. Der schnelle und einfache Zugang zum Rezipienten sei durch das Verbot empfindlich beeinträchtigt.