

### UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND UND DEFINITIONEN

„Sprache und Recht“ bilden ein Paar, das vor allem in der Relation **„Recht durch Sprache“** bisher viel Aufmerksamkeit gefunden hat.<sup>1</sup> Der Aspekt, *den* diese Arbeit beleuchten will, nämlich die (verfassungs-)rechtliche Behandlung von Sprache und damit „Sprache vor dem Recht“ ist bisher von Rechtsprechung und Schrifttum zu Art. 5 Abs. 1 GG behandelt worden. Im Vordergrund nahezu<sup>2</sup> aller älteren Arbeiten steht die Zulässigkeit der ideellen oder medialen<sup>3</sup> Kritik am Staat (und/oder an privaten Rechtsträgern). Die vorliegende Untersuchung will sich *der Sprache* zuwenden,

- *die wirtschaftliche Sachverhalte zu ihrem Inhalt macht und/oder*
- *aus einer wirtschaftlichen Intention heraus „auch andere“ Sachverhalte zum Gegenstand ihrer Meinungsäußerung macht* (Fälle I („Ölverschmutzte Ente“), IIa („HIV-Positiv)).

Dabei ist es durchaus umstritten, ob Sprache mit Sprache – sprich mit Definitionen – überhaupt erfaßt werden kann. Immerhin vertritt das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in einer Entscheidung zur staatlichen Sektenaufklärung die These von der Kategorisierungsresistenz von Sprache.<sup>4</sup>

#### I. Kategorisierungsresistenz von Sprache?

##### 1. „Sprache“

###### a) Sprache und Meinung

„Sprache“ wie sie hier zugrundegelegt wird, beschreibt *das Mittel* und *einen Inhalt* von Kommunikation. In diesem Sinne wird „Sprache“ auch von der oben erwähnten juristischen Literatur verwendet. In einem demokratischen, meinungsfreiheitlichen Staat muß nicht nur gesprochen werden dürfen, sondern es müssen mit der Sprache auch Inhalte verbreitet werden dürfen.

---

1 B.Großfeld, Sprache und Recht als Grundlage unseres Rechts, JZ 1997, 633, 637 insbesondere zur anderen Rolle von Sprache im angelsächsischem Jury-System; J.Isensee, Staat im Wort, S. 571 ff in: J.Ipsen, u.a.(Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1996; E.Forsthoff, Recht und Sprache, 19.44 zum Verhältnis von Sprache und Willen des Gesetzes; H.Hatz, Rechtssprache und juristischer Begriff, 1963, S. 19 f; D.Horn, Rechtssprache und Kommunikation, 1966; H.Neumann-Duesberg, Sprache im Recht, 1949, S. 109 ff; P.Schiffauer, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, S.71 ff; B.Schünemann, Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, S. 169 in: G. Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug, 1983 zum Verständnis von Sprache und zum Verhältnis von allgemeinem und rechtlichen Sprachgebrauch.

2 Ausnahme ist die bahnbrechende Arbeit von P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, die aufgrund eines Gutachtenauftrags entstanden ist.

3 Zum Begriff siehe unter II 2 c.

4 BVerwGE 82, 76, 81 "Transzendentale Meditation".

Hier wird der Begriff „Sprache“ und nicht der Begriff „Meinung“ verwendet, weil die „Meinung“ (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG) in der BVerfG-Rechtsprechung und Literatur (bisher) durch eine Verengung auf einen bestimmten **Kommunikationsinhalt** - nämlich das „Selber Meinen“ im Sinne des persönlichen Werturteils - **geprägt** ist. Der Begriff der „Meinung“ beinhaltet so grundsätzlich eine inhaltliche Festlegung des Äußernden auf etwas, was *er* meint – *seine Meinung*. Bei der Werbung, die oft von einer Vielzahl von Beteiligten kommerziell-professionell erarbeitet und verbreitet wird, ist gerade diese personale Zuordnung des Inhalts zu **einem** Kommunikator klärungsbedürftig und hängt von der gewählten Werbestrategie ab – etwa ob ein Werbespot geschaltet oder das Produkt in einem Spielfilm plziert wird (Product Placement; dazu siehe 3. Kapitel II, V 7). Die Frage, wann es sich bei Werbung um eine „Meinung“ handelt, soll deshalb auf der defizitorischen Ebene offen bleiben.<sup>5</sup> Für diese Offenheit steht der Arbeitsbegriff „Sprache“.

b) „Sprache“ und die besondere Vermutung zugunsten der freien Rede

Art. 5 Abs. 1 GG schützt die Meinungsäußerung in „**Wort, Schrift und Bild**“; bei den medialen Freiheiten ist die Präsentation durch „Presse, Rundfunk und Film“ ausdrücklich geschützt. Der hier zugrundegelegte Arbeitsbegriff „Sprache“ **konzentriert** sich zunächst auf die **Äußerung durch Sprechen, Schreiben und (Ab)bilden**.<sup>6, 7</sup> Diese Betonung der „Sprache“ als Kombinationsbegriff für das Verbreitungsinstrument und den Inhalt - und **nicht etwa des nur inhaltsbezogenen Begriffs „Text“** - entspricht der besonderen Vermutung der „**freien Rede**“, die gerade das **gesprochene Wort** in der BVerfG-Rechtsprechung genießt.<sup>8</sup> Der Schutz der „Spontaneität freier Rede“<sup>9</sup> begründet eine der wenigen Vermutungen „in dubio pro libertate“<sup>10</sup>, die in der Praxis des BVerfG Bedeutung haben. Dieser

5 BVerfGE 90, 241, 247 "Auschwitzlüge"; BVerfGE 33, 1, 14 "Strafgefangene"; BVerfGE 1, 8 "NPD Europas", die die besondere Bedeutung die eine Meinung für *den* Autor hat, betonen, und deshalb auch Werturteile besonders schützen. D.Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697, ff. Das BVerfG geht vom Werturteil aus; schließt dann Tatsachenbehauptungen, die meinungsbildenden Charakter haben können, ein (7.Kapitel). Ein Fall, in dem das BVerfG die Trennungsschärfe von Werturteil und Tatsachenbehauptung nicht mehr begründen konnte ist BVerfGE 94, 1, 10 "DGHS".

6 Wie die Fälle I-II ("Ölverschmutzte Ente"; "HIV-Positiv") zeigen, besteht oft ein untrennbarer Zusammenhang von "Schrift und Bild" (Bilder mit der Schrift "United Colors of Benetton").

7 Eine Verbindung von "Wort und Bild" liegt etwa in den Verkaufsgesprächen vor, in denen ein Prospekt vorgezeigt wird. Den meinungsfreiheitlichen Schutz von Bildern - diesseits von Art. 5 GG - bejaht auch das BVerfG (BVerfGE 30, 336, 352 "Sonnenfreunde"; BVerfGE 71, 162, 180), wenn in den Bildern "ein Werturteil, eine Ansicht, oder Anschauung bestimmter Art zum Ausdruck kommt." Das kann man für die Fälle I-III bejahen.

8 BVerfGE 7, 198, 212 "Lüth"; BVerfGE 54, 129, 138 f "Kunstkritik"; BVerfGE 54, 208, 219 "Böll".

9 BVerfGE 54, 129, 139 "Kunstkritik".

10 Dazu P.Schneider, In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Band II, 1960, S. 263 und zur allgemeinen Kritik, Denninger, vor Art. 1 Rn. 12, Fn. 19 m.w.N., in: "Alternativkommentar".

weitest-mögliche Schutz für Meinungen soll auch *Ausgangspunkt* für die Suche nach dem meinungsfreiheitlichen Schutz von kommerzieller Sprache in Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG sein.<sup>11</sup>

c) *Sprache und Tun - die Ablehnung des Begriffs „Äußerung“*

Die Beziehung von Sprache zu anderen Ausdrucksformen und Sinneserfahrungen ist klärungsbedürftig. So werden Inhalte nicht nur durch Sprache, sondern auch durch Tun übermittelt. Im amerikanischen Verfassungsrecht zählen das öffentliche Verbrennen der Flagge, von Kreuzen und von Musterungsausweisen („draft cards“) zu Beispielen für *Kommunikation durch Tun* („expressive conduct“; siehe 4. Kapitel II 1 b). Die dort vom höchsten Gericht („Supreme Court“) verwendete Terminologie nimmt deshalb eine Freiheit der Äußerung („freedom of expression“) - und nicht eine Meinungsfreiheit („freedom to hold opinions“) an. Der Ausgangspunkt auch für diese Konkretisierung ist der Text der amerikanischen Verfassung - nämlich die *„Freiheit der Sprache“* („freedom of speech“; 4. Kapitel II 1 a).

Um „Sprache“ handelt es sich grundsätzlich nicht, wenn die Ebene der „geistigen Wirkung“<sup>12</sup> verlassen, und etwa Rabatte oder Zugaben (= „Tun“) *gegeben* werden.<sup>13</sup> Für diese Untersuchung ist die Beziehung von Sprache zum *„Tun“*, *auf das sich die Sprache inhaltlich bezieht*,<sup>14</sup> klärungsbedürftig. Unbestritten besteht eine Grenze zwischen kommerzieller Sprache, die vielleicht nach Art. 5 GG geschützt ist, und wirtschaftlicher *Betätigung*, die nach Art. 12, 14 oder 2 Abs. 1 GG<sup>15</sup> geschützt ist.<sup>16</sup> Diese zu untersuchenden Unterschiede oder Gemeinsamkeiten der *Äußerung durch Sprache und/oder Tun* wären bei der Verwendung eines Arbeitsbegriffs „Äußerung“ nicht kenntlich.

Wie die „Leading Cases“ zeigen, konzentriert sich diese Arbeit bei der kommerziellen Sprache auf die Disparität von Sprache und Tun - es geht *vorrangig um die Beurteilung wahrheitsgemäßer Sprache, die legales Tun wiedergibt, und*

11 Dazu, daß angesichts der besonderen Verfaßtheit werblicher Sprache ein Schutz der Spontaneität seltenst notwendig sein wird, unter ...

12 BVerfGE 7, 198, 210 "Lüth"; zur Frage der Zulässigkeit von Boykottaufrufen siehe unter...

13 Auch wenn die Werbung für dieses Tun kommerzielle Sprache ist; die Zulässigkeit der Sprache richtet sich in diesen Fällen nach der Zulässigkeit der "Werteklamme". So kritisiert BVerfG 12,1,4 f bei einer Werbung für den Kirchenaustritt das Versprechen besonderer Vorteile.

14 In Einzelfällen kann auch "Tun" sprechen, wie das Tragen einer Plakette: BVerfGE 71, 108, 113 und OLG Kiel Urt.v.22.4.1983 AfP 1984, 157 f zu der Abgabe von Plaketten als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der kritisierten Presse..

15 7.Kapitel.

16 R.Herzog Art. 5 Rn.73, Rn. 35 in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, der bei "Tathandlungen" die Konkurrenzproblematik beschreibt - allerdings im wesentlichen im Verhältnis zu Art. 8 GG und nicht - wie hier - im Verhältnis zu Art. 12 GG.

*eben dennoch beschränkt wird.* In diesen Fallgestaltungen ist der spezifisch meinungsfreiheitliche Aspekt der Teilnahme am Wettbewerb faßbar.<sup>17</sup>

d) *Sprache als Kommunikationssituation*

aa) Kommunikationssituation und -prozeß

Gemeinsam ist „Sprache“ und „Meinung“<sup>18</sup>, daß sich die Literatur<sup>19</sup> beiden Begriffen mit genetischen<sup>20</sup> oder funktionellen<sup>21</sup> Attributen, nicht aber mit einer Definition nähert. Was Sprache ist, scheint selbstverständlich: nämlich all das, was ein anderer verstehen kann. Das Erlebnis Sprache besteht aus einer *signifikanten Verbindung*

*der (persönlichen) Autorität des Äußernden*

*der Form und des Inhalts,*

*der Zeit und des Orts der Äußerung*

*und gegebenenfalls der (sprachlichen) Beteiligung der Rezipienten.*

Diese Verbindung verschiedener Elemente wird hier verkürzt als „*Sprache*“ bezeichnet, obwohl es in Wirklichkeit um die grundsätzliche Erfassung von „*Kommunikationssituationen und -prozessen*“ geht. Diese Untersuchung befaßt sich deshalb nicht nur mit den Grundrechten der sich Äußernden (der *Kommunikatoren*), sondern auch den (Grund-)Rechten des Rezipienten in *der* „Kommunikationssituation“.

bb) Unterscheidung von Schutz- und effektivem Garantiebereich

Die Erfassung der Kommunikationssituation und damit auch der Rechte der Rezipienten ist die Voraussetzung, um Aussagen über den effektiven Garantiebereich der Freiheit der Werbung - sei sie in Art. 5 und/oder in Art. 12 GG geschützt - zu machen.

„Der durch die grundrechtliche Freiheitszusicherung abgesteckte *Schutzbereich* ist der Bereich, in dem das Grundrecht überhaupt Schutzfunktion entfaltet.“ ...

„Der *effektive Garantiebereich* ist dagegen derjenige Bereich, in den einzugreifen, zugleich eine Verletzung des Grundrechts bedeuten würde; derjenige Teil des

---

17 7.Kapitel.

18 R.Herzog Art. 5 Rn.49 –55b in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, zu den Problemen einengender Interpretation des Begriffs der „Meinung“.

19 D.Busse, Juristische Semantik, 1993, der die unterschiedlichen Sprachfunktionen und -relationen für und mit dem Recht schildert, eine Definition von Sprache aber nicht gibt.

20 P.Kirchof, Deutsche Sprache, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 1987, § 18 Rn.1 zitiert Isidor von Sevilla. "Aus den Sprachen sind die Völker und nicht aus den Völkern die Sprache entstanden."

21 P.Kirchof, Deutsche Sprache, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 1987, § 18 Rn.2. Die Sprache ist Mittel zum Erfassen und Bewerten der Welt, Ausdruck individueller Einschätzung und Selbstbestimmung im Umfeld und Gemeinschaft, Grundlage der staatlichen Einheit, Form und Zeichen für Recht, Instrument rechtsstaatlicher Gewalt. Die Fähigkeit zum Beobachten und Erfahren, zum Vergleichen und Bewerten zum Ordnen und Verstehen, zum Begegnen und Mitteilen, zum Gedankenaustausch und zur Vereinbarung, zum gemeinsamen und gemeinschaftlichen Handeln, zur Kultur und Rechtsstaatlichkeit stützt sich auf die gemeinschaftliche Sprache."

Schutzbereichs also, für den die Voraussetzungen der Zulässigkeit von Eingriffen nicht erfüllbar sind.“<sup>22</sup>

Die Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzes für die Werbung hätte wenig Bedeutung, wenn eine ebenfalls in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützte, negative Rezipientenfreiheit den Garantiebereich werblicher Meinungsfreiheit entscheidend verkleinern würde. Das 7. Kapitel wird sich deshalb der Ermittlung dieses effektiven Garantiebereichs, der durch die Kommunikationssituationen bestimmt wird, widmen.

## 2. *Unmöglichkeit der Kategorisierung?*

Nach Meinung des BVerwG - bestätigt durch einen Nichtannahmebeschluß einer Kammer des BVerfG - ist Folge der Vielgestaltigkeit von „Sprache“ die Unmöglichkeit der (gesetzlichen) Kategorisierung. Das hat das Gericht jedenfalls für die Sprache der staatlichen Regierung angenommen, und deshalb auf die Wahrung des Gesetzesvorbehalts bei Regierung durch Sprache verzichtet. So soll „*staatliche Sprache*“, *die vor Sekten warnt*, ohne Wahrung des Gesetzesvorbehalts zulässig sein, weil:

„Eine *detaillierte* gesetzliche Regelung wegen der Vielgestaltigkeit der möglichen *Eingriffslagen* und *-wirkungen* praktisch nicht möglich und daher *verfassungsrechtlich nicht geboten*“<sup>23</sup> (sei)<sup>24</sup>.

Die *Anlässe*, die innere Motivation und die rechtlich zulässigen Inhalte von staatlicher Sprache sollen also von einem Gesetz nicht erfaßt werden können. Diese Vielgestaltigkeit der vorstellbaren Kommunikationssituationen gilt sowohl für die Sprache Privater als auch des Staates („private“ und „staatliche“ Sprache); *in einer Verallgemeinerung wäre Sprache demzufolge kategorisierungsresistent*. Diese Aussage des BVerwG kann indes nur bereichsspezifisch für die Sektenaufklärung interpretiert werden, weil gerade bei staatlicher Sprache, *die wirtschaftliche Folgen zu zeitigen droht*, das Gericht in gefestigter Rechtsprechung die Einhaltung des Gesetzesvorbehalts verlangt.<sup>25</sup> Insoweit und für den hier interessie-

---

22 G.Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 26. Anders M.Bolz, Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte, 1991, 119 ff zu einer Strukturierung der Schranken.

23 BVerwGE 82, 76, 81 "Transzedentale Meditation". Ein Kammerbeschluß des Bundesverfassungsgerichts nahm ausdrücklich auf diese Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts Bezug und wies die Verfassungsbeschwerde mangels hinreichender Erfolgsaussicht zurück (BVerfG. Kammerbeschl. v. 15.8.1989, NJW 1989, S. 3269 f). Ablehnend Ch.Gamm, Aufklärung durch staatliche Publikumsinformationen, Der Staat 1991, S.51, 80, der daraufhinweist, daß der Parlamentsvorbehalt nicht aus Praktikabilitätsgründen umgangen werden darf.

24 BVerfG. Kammerbeschl. v. 15.8.1989, NJW 1989, 3269 f.

25 BVerwG Urt.v.7.12.1995 NJW 1996, 3161 für die Veröffentlichung des Warentests für Futtermittel durch eine Behörde; BVerwGE 71, 182, 194 "Transparenzliste" für Arzneimittel; ein Ausnahmefall war die Reaktion auf eine angebliche Vertrauenskrise in der Bevölkerung im Kontext einer Verunreinigung von Weinen mit Diethylenglykol (BVerwGE 87, 37, 47; V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, 99 ff.).

renden Bereich der kommerziellen Sprache geht das BVerwG also davon aus, daß eine Kategorisierungs*resistenz* der staatlichen Sprache *nicht* besteht.<sup>26</sup> Die Kategorisierungsschwierigkeiten bei der kommerziellen Sprache (Privater) haben dazu geführt, daß das BVerfG die durch die Rechtsprechung zu konkretisierende Generalklausel des § 1 UWG als mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz als vereinbar angesehen hat:

„Der Gesetzgeber hat die von ihm mißbilligten Wettbewerbshandlungen ... mit der Generalklausel des § 1 UWG allgemein umschrieben, weil die unübersehbare Vielfalt möglicher Verhaltensweisen im geschäftlichen Wettbewerb die Bildung eines erschöpfenden Katalogs von Einzeltatbeständen nicht zuläßt. *Verfassungsrechtlich ist dies unbedenklich*. Eine gewisse Freiheit des Richters bei der Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte muß dabei in Kauf genommen werden; sie beeinträchtigt zwar die Berechenbarkeit gerichtlicher Entscheidungen und damit die Rechtssicherheit, doch wird dieser Nachteil dadurch gemindert, daß die langjährige Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs den Rechtsgehalt der Generalklausel nach vielen Richtungen breit entfaltet hat.“<sup>27</sup>

### 3. *Disparität von Sprache und rechtlicher Regelbildung*

Die Rechtsprechung des BGH erfaßt unterschiedlichste Formen der Werbung durch die Zuordnung zu Fallgruppen im Rahmen von § 1 UWG. Die Schwäche des (Wettbewerbs-)Rechts ist dabei, daß es dem strategischen Einsatz von Sprache (noch) nicht korrespondierende Kategorien mit entsprechender Rechts(un)sicherheit entgegensetzen vermag<sup>28</sup>. So fehlt der Begriff „Marketing“<sup>29</sup> in einem so erfahrenen UWG-Kommentar wie dem Baumbach/Hefermehls, der sonst auch wirtschaftswissenschaftliche Hintergrundinformationen enthält, völlig. Der Realität unserer Werbewirklichkeit - *Public Relations* (dazu 3. Kapitel IV)- sind gerade vier Sätze gewidmet.<sup>30</sup> Die Konsequenz ist, das denjenigen, die den Instrumenten Einsatz von Sprache planen, der Zugang zur rechtlichen Beurteilung erschwert wird und umgekehrt dem (öffentlichen) Recht die strategische Bedeutung von Sprache fern(er) rückt. Als Ausnahme zum Befund der *grundsätzlichen*

26 Siehe auch § 9 Gesetz zum vorsorgenden Schutz der Bevölkerung gegen Straßenbelastung (Strahlenschutzvorsorgegesetz) v. 19.12.1986 BGBl I, 2610 in aktualisierter Form abgedruckt unter Sartorius Nr. 297, der eine Empfehlungskompetenz enthält und § 8 S. 2 Gesetz zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und zum Schutz der CE-Kennzeichnung (Produktsicherheitsgesetz) v.30.4.1997 BGBl I, 934.

27 BVerfGE 32, 311, 317.

28 Siehe nunmehr vor allem das Heilmittelwerberecht, das sich durch eine Annäherung von rechtlicher und kommunikationswissenschaftlicher Terminologie charakterisiert.

29 Eher praxis- und wirtschaftswissenschaftlich orientiert D.Ahlert/H.Schröder, *Rechtliche Grundlagen des Marketing*, 2.Aufl., 1997, 262 ff.

30 Baumbach/Hefermehl, UWG, Vor 3-8 Rn. 4. Die Imagewerbung wird nicht grundsätzlich, sondern nur als Beispielsfall schockierender Werbung erfaßt; § 1 Rn 187 a ff. Auch der zweite Großkommentar (R.Jakobs, W.Lindacher, O.Treplitzky: UWG-Großkommentar, 1996) weist jetzt zwar eine Orientierung am Absatz- und Beschaffungsmarketing auf (W.Schünemann, 1.Abschnitt C Rn.101 ff). Die Grobgliederung "Schutz der Mitbewerber, Schutz der Verbraucher, Schutz sonstiger Marktteilnehmer..." ist aber auch nicht einfacher handhabbar. Die ersten und wichtigsten Teile: "Schutz der Mitbewerber und Schutz der Verbraucher" sind 1998 immer noch nicht erschienen.

Disparität von Sprache und rechtlicher Regelbildung scheint das Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens<sup>31</sup> (HWG) genannt werden zu müssen. Das Heilmittelwerbe-gesetz in seiner heutigen Form hat gemeinschaftsrechtliche Wurzeln<sup>32</sup> und zeichnet sich - *anders als die Generalklauseltechnik des § 1 UWG* - durch die detaillierte und plastische Beschreibung einzelner Werbeformen (§ 11 HWG) aus.<sup>33</sup> Das gemeinschaftsrechtliche Heilmittelwerberecht kennt - im Gegensatz zur deutschen Umsetzung auch eine Werbungsdefinition, die Sponsoring-Elemente<sup>34</sup> aufweist. *Die* Begriffe, die die Kommunikationsstrategen allerdings erwarten würden, wie „Public Relations“ „Imagewerbung“, „Produktbezogene Werbung“, „Product Placement“ oder „Sponsoring“, weist das in Umsetzung der EG-Richtlinie ergangene Heilmittelwerbe-gesetz nicht auf. Bei

31 v. 11.7.1965 BGBl I, S. 604 geändert durch Gesetz vom 25. 10.1994 BGBl I, S. 3082 gelten.

32 Richtlinie 92/28/EWG des Rates v. 31.3.1992 über die Werbung für Humanarzneimittel ABI Nr. L 113/13 und Richtlinie 92/27/EWG des Rates v. 31.3.1992 über die Etikettierung und die Packungsbeilage von Humanarzneimitteln ABI Nr. L 113/8; siehe zur deutschen Wurzel - einer polizeirechtlichen Verordnung P.Bülow, Einführung Rn. 2 in: Bülow/Ring, Heilmittelwerbe-gesetz, 1996.

33 Ein Beispiel ist § 11 HWG (Öffentlichkeitswerbung): Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel nicht geworben werden (1) mit Gutachten, Zeugnissen, wissenschaftlichen oder fachlichen Veröffentlichungen sowie mit Hinweisen darauf, (2) mit Angaben, daß das Arzneimittel, das Verfahren, die Behandlung oder das andere Mittel ärztlich, zahnärztlich, tierärztlich oder anderweitig fachlich empfohlen oder geprüft ist oder angewendet wird, (3) mit der Wiedergabe von Krankengeschichten sowie mit Hinweisen darauf, (4) mit der bildlichen Darstellung von Personen in der Berufskleidung oder bei der Ausübung der Tätigkeit von Angehörigen der Heilberufe, des Heilgewerbes oder des Arzneimittelhandels, (5) mit der bildlichen Darstellung (a) von Veränderungen des menschlichen Körpers oder seiner Teile durch Krankheiten, Leiden oder Körperschäden, (b) der Wirkung eines Arzneimittels, eines Verfahrens, einer Behandlung, eines Gegenstandes oder eines anderen Mittels durch vergleichende Darstellung des Körperzustandes oder des Aussehens vor und nach der Anwendung, (c) des Wirkungsvorganges eines Arzneimittels, eines Verfahrens, einer Behandlung, eines Gegenstandes oder eines anderen Mittels am menschlichen Körper oder an seinen Teilen, (6) mit fremd- oder fachsprachlichen Bezeichnungen, soweit sie nicht in den allgemeinen deutschen Sprachgebrauch eingegangen sind, (7) mit einer Werbeaussage, die geeignet ist, Angstgefühle hervorzurufen oder auszunutzen, (8) durch Werbevorträge, mit denen ein Feilbieten oder eine Entgegennahme von Anschriften verbunden ist, (9) mit Veröffentlichungen, deren Werbezweck mißverständlich oder nicht deutlich erkennbar ist, (10) mit Veröffentlichungen, die dazu anleiten, bestimmte Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden beim Menschen selbst zu erkennen und mit den in der Werbung bezeichneten Arzneimitteln, Gegenständen, Verfahren, Behandlungen oder anderen Mitteln zu behandeln, sowie mit entsprechenden Anleitungen in audiovisuellen Medien, (11) mit Äußerungen Dritter, insbesondere mit Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen, (12) mit Werbemaßnahmen, die sich ausschließlich oder überwiegend an Kinder unter 14 Jahre richten, (13) mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, (14) durch die Abgabe von Mustern oder Proben von anderen Mitteln oder Gegenständen oder durch Gutscheine dafür.

34 Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG des Rates v. 31.3.1992 über die Werbung für Humanarzneimittel ABI Nr. L 113/13 zählt das "Sponsorn von Verkaufsförderungstagungen, an denen Personen teilnehmen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigt sind" und das "Sponsorn wissenschaftlicher Kongresse, an denen Personen teilnehmen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigt sind, insbesondere die Übernahme der Reise- und Aufenthaltskosten dieser Personen" zur "Werbung".

Definitionsengagement und -kompetenz unterschreitet der deutsche Gesetzgeber so *den* Standard, den ihm das Gemeinschaftsrecht vorgegeben hat und verweist den Anwender günstigstenfalls auf die Rechtsprechung und Kommentarliteratur.<sup>35</sup> Ihnen sind grundsätzliche Aussagen zum Anwendungsbereich des HWG überlassen. Sie müssen im Wege historischer, teleologischer und systematischer Argumentation zu begründen versuchen, daß das HWG *nur produktbezogene Werbung*<sup>36</sup> erfasse. Das Fehlen einer Aussage zum Anwendungsbereich eines - jedenfalls nach der BGH-Rechtsprechung<sup>37</sup> - die Meinungsfreiheit einschränkenden Gesetzes ist paradigmatisch. Das Beispiel des Heilmittelwerberechts belegt, daß sich Kodifikationsdefizite bei der rechtlichen Behandlung von Sprache nicht nur bei der privatrechtlichen Generalklausel des § 1 UWG feststellen lassen, sondern auch einer Materie des *öffentlichen und spezialgesetzlichen (im Vergleich zu § 1 UWG) Werberechts* gemein sind.<sup>38</sup> Der Befund, daß „Sprache“ durch „Rechtssprache“ schwer zu um- und beschreiben ist, hat aber nicht nur für eine *statische Betrachtung* Bedeutung. Es handelt sich beim Recht der kommerziellen Sprache um eine Materie, die dadurch gekennzeichnet ist, daß die Akteure *dynamisch* und *absichtlich* der rechtlichen Regelbildung entgegenarbeiten. Es handelt sich um ein Charakteristikum von Sprache - man denke an die Kreativität der Genossen unterschiedlichster Zeiten, die die Zensur zu unterlaufen suchten - das hier als „evasiver Charakter“ bezeichnet wird.

#### 4. *Evasiver Charakter von Sprache*

Der evasive Charakter ist auf drei Ebenen feststellbar:

(1) *Kommunikationsstrategie*. Die Problematik der Regelbildung beginnt schon in den Wissenschaften, die sich mit dem strategischen Einsatz von Sprache befassen. Wettbewerbsmotivation wie auch Konkretisierungsambition führen dazu, daß im wesentlichen identische Werbestrategien mit einer Vielzahl nahezu synonyme Bezeichnungen aufgewertet werden.<sup>39</sup>

35 Nota bene nachdem er in § 1 Abs. 3 HWG das, was "Werbung" ist vorausgesetzt zu haben scheint, wenn er ergänzt:

"Eine Werbung im Sinne dieses Gesetzes ist auch das Ankündigen oder Anbieten von Werbeaussagen, auf die dieses Gesetz Anwendung findet."

36 BGH Urt.v.15.12.1994 GRUR 1995, 223 "Pharma-Hörfunkwerbung"; BGH Urt.v.17.6.1992 "Pharma Werbespot" GRUR 1992, 873 und BGH Urt.v.17.6.1992 "Femovan" GRUR 1992, 871 f; P.Bülow, § 1 Rn. 3 in: Bülow/Ring, Heilmittelwerbegesetz, 1996. BVerfGE 85, 248 "Hackethal", zu einem meinungs- und pressefreiheitlichen Fall, der nicht die typische Werbung zum Gegenstand hat.

37 BGH Urt. 15.5.1997 Az. I ZR 10/95 "Politikerschelte".

38 Historischer Vorläufer des HWG ist eine polizeirechtliche Verordnung und die Sanktionskompetenz für die im HWG (§ 14, 15 HWG: Straftaten und Ordnungswidrigkeiten) enthaltenen Werbebeschränkungen ist Gerichten und Behörden anvertraut. Zur Bedeutung des HWG zur Konkretisierung des § 1 UWG siehe unter ...

39 Geeignet sind dafür vor allem Strategien, die theoretisch und/oder praktisch (noch) nicht zum Kanon gehören. So etwa das "Public Marketing", für das Begriffe wie "Public Interest Advertising" (Werbung im öffentlichen Interesse), "Public Affairs Advertising" (Werbung für öffentliche Angelegenheiten), "Public Issue Advertising" (öffentliche Streitfragenwerbung) genannt werden (A.Demuth/Th.Garbett/G.Richter, Unternehmenswerbung, 1984, S.

(2) *Aufdecken von Regelungsdefiziten grundsätzlicher Natur.* Es handelt sich um die Ebene, die oben (unter c)) bereits angesprochen wurde. Das Ausweichen auf andere Werbekategorien als Strategie der Herausforderung der Differenzierungs- und Rechts(fort)bildungsfähigkeit der Juristen kann dabei auch dazu dienen, „Rechtsnischen“<sup>40</sup> - wenn auch vielleicht nur vorübergehend - zu erobern.<sup>41</sup> Als Paradigma<sup>42</sup> mag wiederum das Heilmittelwerberecht dienen, bei der die in der Kommentarliteratur und Rechtsprechung aufgestellte Behauptung, das HWG erfasse nur die *produktbezogene Werbung*, von der Praxis durch die bereits geschilderte Togonal-Werbekampagne auf den Prüfstand gestellt wurde. Der Vorstandsvorsitzende beanstandete den *Umbau* (!) der Bar des Bundestages für DM 500 000 und stellte fest:

„Das ist in der heutigen Zeit instinktos, unfaß-bar. *Gegen diese Art der Schmerzverursachung helfen mir nicht einmal mehr meine Tabletten.* Gute Besserung wünscht Ihnen Ihr ...“.<sup>43</sup> Die Anzeige wurde unter Verwendung des Logos in der produkttypischen Form „Togonal“ mit dem Hinweis „Werk München“ optisch abgeschlossen.<sup>44</sup>

Der BGH bejahte mit dem Berufungsgericht die Anwendbarkeit des HWG auf *diese „Imagewerbung“*, weil durch den („scherzhaften“) Hinweis auf die schmerzlindernde Funktion der Tabletten in Verbindung mit dem Abdruck des Togonal-Logos *auch* eine Produkthinweis vorläge. Der BGH hat damit der Strategie der Sprache<sup>45</sup> Rechnung getragen, und das HWG auch auf solche Fälle erstreckt, in denen *Produkt- und Unternehmensname* identisch sind.<sup>46</sup>

Die Togonalwerbung steht nicht für den Versuch, die fließenden Grenzen zwischen den Kategorien von Image- und Produktwerbung auszunutzen, sondern auch für das Aufdeckung von detailbezogenen Regelungsdefiziten:

---

18, f). Siehe auch den "neuen Begriff" für einen Angestellten, der mit Öffentlichkeitsarbeit betraut ist "reputation manager".

40 So ein Beispiel aus dem Rundfunkrecht, wo "Schleichwerbung" untersagt wird, und dann Zuordnungsprobleme von Public Relations" (im rechtlichen Sprachgebrauch des BGH "Produktinformation"), und "Product Placement" zu dem rechtlichen Terminus auftreten (3. Kapitel II 7). Ein allgemeines Beispiel zur strategischen Umbenennung von Gesetzesvorlagen nennt B. Grün, Der Bund als williger Vollstrecker der DDR (II), ZIP 1997, 491 zur Umbenennung des "Nutzerschutzgesetzes" in "Wohnraummodernisierungsgesetz".

41 Der Titel eines Gesetzes "über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens" kann selbst nur als irreführend bezeichnet werden, weil "Werbung" im Gesetz nicht ausreichend definiert ist. Siehe die Behauptung der Kommentarliteratur (P. Bülow, § 1 Rn. 3 in: Bülow/Ring, Heilmittelwerbegesetz, 1996, produktbezogenes Sponsoring sei vom Gesetz erfaßt, "nicht produktbezogenes" Sponsoring aber nicht. Der Hinweis auf den Richtlinien-text, der "insbesondere" das Sponsern von Tagungen der verschreibungsbefugten Mediziner als von "Werbung" umfaßt nennt, überzeugt ohne weitere Begründung nicht.

42 Ein weiteres Beispiel ist die Benennung von Fall I als "Werbung mit der Realität" für die Befürworter und als "schockierende Werbung" für die Gegner OLG Frankfurt a. M. Urt.v. 20.1.1994 NJW-RR 1994, 733.

43 BGH Urt. 15.5.1997 Az. I ZR 10/95 "Politikerschelte".

44 Der BGH hat - anders als bei Fall I - das Vorliegen einer (besonders) gefühlsbetonten Werbung, die gegen § 1 UWG verstößt, verneint. Das Abbilden einer ölverschmutzten Ente sei eine Solidarisierung, die in einem besonderen Maße an das soziale Gewissen und die Hilfsbereitschaft der Rezipienten appelliere. Demgegenüber fehle bei der Togonal-Werbung, die hier mit einem konkreten Beispiel aufwartet, eine "tiefergehende emotionale Einwirkung auf seine (des Verbrauchers) Gefühlslage, deren kommerzielle Ausbeutung das Unwerturteil rechtfertigen könnte."

45 Die anderen drei Anzeigenmotive der Kampagne enthielten diesen Hinweis gerade nicht.

46 Siehe den zweiten Leitsatz.

(3) *Aufdecken von Regelungsdefiziten en detail.* Die Untersagung der Totalwerbung wurde vom BGH aufrechterhalten, weil die Pflichtangaben (§ 4 Abs. 1 HWG<sup>47</sup>) fehlten. Das HWG enthält ein fortschrittliches Werberecht und enthält mit der Verpflichtung zur Schilderung der Anwendungsgebiete, Gegenanzeigen und Nebenwirkungen (§ 4 Abs. 1 HWG) einschneidende Substantiierungsbestimmungen für die Sprache der Werbenden. Diese Pflichtangaben waren nach dem Vortrag von Total entbehrlich, weil es sich um „bloße“ Erinnerungswerbung nach § 4 Abs. 6 S.2 HWG handele:

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

Der BGH verneinte das Vorliegen einer Erinnerungswerbung, weil die Aussage

„Gegen diese Art der Schmerzverursachung helfen mir nicht einmal mehr meine Tabletten“ und der Abdruck des Logos (in einer Gesamtwürdigung) so zu interpretieren sei, daß das Arzneimittel „Total“ in seiner therapeutischen Wirkung als *schmerzstillendes* Mittel benannt werde - und eben *nicht nur das Produkt und/oder der Name des Herstellers*. Der BGH zwingt damit den Werbenden

- entweder auf den thematisch durchaus passenden Hinweis auf Tabletten zu verzichten;
- oder seiner Anzeige den ganzen Katalog der Pflichtangaben des § 4 Abs. 1 HWG beizufügen, und so die Textaussage in ihrer eindringlichen Form zu verwässern.

Das Beispiel verdeutlicht das Problem des Wettlaufs von Hase und Igel. In der Totalwerbung hat das Recht seinen Igelcharakter gezeigt und die werbliche Kreativität auf die Schnelligkeit eines Hasen<sup>48</sup> verwiesen.<sup>49</sup> Der vorliegenden Arbeit geht es aus verfassungsrechtlicher Perspektive vor allem darum, der Schwierigkeit der Regelbildung und der Dynamik der Akteure und der Sprache Rechnung zu tragen. Die Rechtsprechungserfahrung (im Heilmittelwerberecht) deutet an, welche schwache Konturen und große Bandbreiten diejenigen Kategorien aufweisen, die Ansatzpunkt für eine *verfassungsrechtliche* Beurteilung bestimmter Werbeformen sein könnten.<sup>50</sup>

---

47 § 4 Abs. 1 HWG.

48 Der Konkurrent "Thomapyrin" bildet sein Produkt ab und zeigt den Skispringer Dieter Thoma mit einem Stirband "Thomapyrin" und dem Text. "Herzlichen Glückwunsch, Dieter Thoma zur Bronzemedaille bei der Skiflug-WM in Oberstdorf. *Jetzt ist der Kopf frei für Nagano*" (FAZ v.27.1.1998 S. 15) - ebenfalls ohne die Pflichtangaben. Der Entscheidungsratio der Total-Entscheidung nach müßte geprüft werden, ob in der Anspielung "Jetzt ist der Kopf frei ..." eine Werbung für die Produkteigenschaften der (Kopf)-Schmerztablette Thomapyrin liegt mit der Folge, daß es sich nicht um eine Erinnerungswerbung handelt (§ 4 Abs. 6 HWG).

49 Die Stacheln dieser - nach hier vertretener Ansicht - unzutreffenden BGH-Entscheidung werden bei einer meinungsfreiheitlichen Würdigung deutlich: das HWG als meinungsfreiheitseinschränkendes Gesetz ist für den Rechtsträger, der von seinen meinungsfreiheitlichen Möglichkeiten selbstbestimmt und weitestgehend Gebrauch machen will, bei solchen innovativen Kampagnen kaum mehr bestimmbar. Der seine Meinung Äußernde trägt damit ein erhebliches Prozeßrisiko. Zur meinungsfreiheitlichen Würdigung im 7.Kapitel.

50 Diese Kategorisierung mag in einzelnen Fällen zu *materiellen* oder *prozeduralen* Unterschieden führen; so materiell aufgrund des Prüfungsmaßstabs (Art. 12 oder Art. 5 GG) und formell (prozedural), wenn das Verfassungsrecht für die Rechtskonkretisierung von Generalklauseln Anforderungen an die Methode der Rechtskonkretisierung stellt.

## II. Sprache als Kommunikationssituation: Die Perspektive des Kommunikators

Zur Grobunterscheidung sollen in Anlehnung an das amerikanische Verfassungsrecht die Begriffe „*kommerzielle*“<sup>51</sup> und „*nicht-kommerzielle*“ Sprache gewählt werden. Beide Sprachformen sind Oberbegriffe<sup>52</sup>, die weitere Differenzierungen ermöglichen. Das „klassische Fallbeispiel“ für kommerzielle Sprache ist die Werbung für ein Produkt mit Preisangabe und Bezugsquelle etwa in einer Zeitungsanzeige („*klassische Werbung*“)<sup>53</sup>. Das „klassische Fallbeispiel“ für „nicht-kommerzielle“ Sprache ist die *ideelle Sprache* und ein Beispiel dafür ist das Tucholsky Zitat „Soldaten sind Mörder“.

Die Entfernung zwischen den Gegensätzen „kommerziell“ und „nicht-kommerziell“ scheint weit und ist doch bisweilen eng, wie eine Metapher veranschaulichen mag: Angenommen, das Begriffspaar kommerziell/nicht-kommerziell bildete die beiden Ufer eines Flusses. Das „Sprachschiff“ der Werbung legt manchmal - wie bei „*klassischer Werbung*“ - am kommerziellen Ufer an oder es nähert sich der Flußmitte oder sogar dem anderen Ufer. Beispiele für diesen Kurs sind die Imagewerbung der Fälle I- II („Ölverschmutzte Ente“; „HIV-Positiv“). Ein Beispiel dafür, daß sich auch die ideelle Sprache der Flußmitte nähern kann, ist der Aufruf der katholischen Landjugend zu Altkleiderspenden, der den Beschaffungsmarkt für kommerzielle Altkleidersammler verengte.<sup>54</sup> Das Bild des Flusses verdeutlicht auch die Vermischung der Bodeneigenschaften von beiden Ufern in der *Mitte des Flusses*. Diese Mischung besteht aus *ideellen und kommerziellen Motiven*<sup>55</sup>, *Bestandteilen und Folgen* der Sprache. Werbung bewegt sich heute immer öfter auf diesem mittigen Kurs. Das Interesse richtet sich deswegen zunächst auf die Konturen der Ufer, in denen eine Vermischung *nicht* festzustellen ist.

---

51 Zur Commercial Speech Doctrine siehe 4.Kapitel..Den Begriff "kommerzielle Sprache" verwendet auch M.Daues, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425 f ohne eine klare Definition zu geben..

52 Bei der kommerziellen Sprache: Werbung, Sponsoring, Public Relations, Verkaufsförderung. Die "nicht-kommerzielle" Sprache, wie sie hier interpretiert wird, ist der Oberbegriff für *ideelle, mediale, staatliche, parteiliche und "religiöse"* Sprache.

53 Es handelt sich um einen klassischen Werbeinhalt in einem klassischen Werbemittel (Anzeige) in einem klassischen Werbeträger (Presse).

54 BVerfG Beschl.v. 16.10.1968 NJW 1969, 31 (3.Kapitel V 5 c aa) oder die Aufforderung eines Bauherren in einer Zeitungsanzeige, der zur Bildung einer Interessengemeinschaft für der Verfolgung von Baumängelansprüchen gegenüber einem bestimmten Baubetreuer aufrief (OLG München Urt.v.12.7.1991 AfP 1992, 275 f nimmt im Zusammenhang mit §§ 823 und 826 BGB die Wahrnehmung berechtigter Interessen an).

55 Die Trennung von kommerzieller und ideeller Sprache spiegelte sich in der älteren wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur bereits im Anwendungsbereich des UWG wieder. So sollten (ideelle) Meinungsäußerungen, die dem Art.5 GG unterfallen, nicht in den Anwendungsbereich des UWG fallen. Die neuere Rechtsprechung, die Art.5 GG für Werbung eröffnet, muß deshalb innerhalb des § 1 UWG - selbstverständlich auch bei § 3 UWG - den Wechselwirkungsansatz beachten.

## 1. Begriff der „kommerziellen Sprache“

### a) Kommerzielle Sprache als Übersetzung von „Commercial Speech“

„Kommerzielle Sprache“ ist *eine* mögliche Übersetzung von „commercial speech“. Die Übersetzung als „kommerzielle Rede“ würde den Schutz von Sprache in Schriftform nicht erlauben.<sup>56</sup> Im amerikanischen Verfassungsrecht gibt es eine „Commercial Speech Doctrine“, die sich *den* Fragestellungen widmet, denen diese Arbeit nachgeht. So hätte es nahegelegen, diese Untersuchung „Kommerzielle Sprache als Meinung?“ zu betiteln. Die vorliegende Arbeit kommt indes zu dem Ergebnis, daß „kommerzielle Sprache“ nicht oder nur sehr eingeschränkt durch Art. 5 GG zu schützen ist und damit zu einem methodisch - wenn auch vielleicht nicht inhaltlich - anderem Ergebnis als die „Commercial Speech Doctrine“, deren Charakteristikum gerade der „äußerungsfreiheitliche“<sup>57</sup> Schutz der „kommerziellen Sprache“ ist. Es erschien deshalb irreführend, diesen Terminus in den *Titel* der Arbeit aufzunehmen.

### b) Kommerzielle Sprache und „Kommunikationspolitik“

Der Begriff „kommerzielle Sprache“ wird als „*Arbeitsbegriff*“ verwendet und entspricht weitgehend<sup>58</sup> einer Kommunikations*strategie*, nämlich der sogenannten „*Kommunikationspolitik*“ oder dem „*Kommunikations-Mix*“.<sup>59</sup> Die Bestandteile der Kommunikationspolitik sind der „persönliche Verkauf“, die „Werbung“, „Verkaufsförderung“, das „Product Placement“, die „Öffentlichkeitsarbeit (Public Relations)“ und das „Sponsoring“. Es handelt sich bei der Kommunikationspolitik um *eine von mehreren Strategien* des in der Skizze dargestellten „Marketing-Mix“. „Marketing“ bezeichnet die

„Planung, Koordination und Kontrolle aller auf aktuelle und potentielle Märkte ausgerichteten Unternehmensaktivitäten zur Verwirklichung der Unternehmensziele im gesamtwirtschaftlichen Güterversorgungsprozeß durch eine dauerhafte Befriedigung der Kundenbedürfnisse.“<sup>60</sup>

Die Konditionen, die den Markterfolg eines Produktes beeinflussen, werden herkömmlich *in vier Kategorien, nämlich Produkt-, Kontrahierungs-, Distributions- und Kommunikationspolitik* unterteilt. Die Kommunikationspolitik wird in der

---

56 Die "Rede" erfaßt jedenfalls den Inhalt der Äußerungsfreiheit im Vergleich zum hier verwendeten Begriff der Sprache noch weniger (4.Kapitel II 1). Siehe aber zum Prinzip der „freien Rede“, das – wie hier die Sprache – auch schriftliche und bildliche Äußerungen umfassen soll R.Herzog, a.a.O., Art. 5 Rn.49 –55b.

57 4.Kapitel

58 Siehe zum rechtlichen Begriff der "kommerziellen Sprache" wie sie das UWG durch die Tatbestandsmerkmale "im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs (§§1,3 UWG) konturiert im 3.Kapitel V 5.

59 H.Meffert, Marketing, Sp. 1472, in: B.Tietz/R.Köhler/J.Zentes, Handwörterbuch des Marketing, 1995; Zu einer im Detail anderen Form der Darstellung des Marketing-Mix siehe R.Kühn, Marketing-Mix, Sp. 1615, 1618 f in: B.Tietz/R.Köhler/J.Zentes, Handwörterbuch des Marketing, 1995.

60 H.Meffert, Marketing, Sp. 1472, in: B.Tietz/R.Köhler/J.Zentes, Handwörterbuch des Marketing, 1995.

anliegenden Skizze<sup>61</sup> durch die Ermittlung unterschiedlicher Kommunikationsfunktionen und - mittel weiter konturiert und wird im 3. Kapitel (Abschnitte I-IV) in ihren strategischen und rechtlichen Differenzierungen weiter geschildert. Notwendig ist das Abstellen auf die Strategien des Marketing- und Kommunikations-Mix, weil sich „kommerzielle Sprache“ weder in ihrer subjektiven noch in ihrer objektiven Komponente anders *definieren und bewerten* lassen. Das Verfassungsrecht und das BVerfG haben bisher darauf verzichtet, „kommerzielle Sprache“ zu definieren. Die überkommenen Maßstäbe der Lüth-Entscheidung gelten für die *Bewertung* einer Meinung<sup>62</sup>, können aber nicht für eine Definition nutzbar gemacht werden:

„Der Beschwerdeführer befürchtet, ... die unerläßliche Freiheit der öffentlichen Erörterung gemeinschaftswichtiger Frage sei nicht mehr gewährleistet. ... Es muß nur auch hier der freiheitliche Gehalt des Grundrechts entschieden festgehalten werden. Er wird vor allem dort in die Waagschale fallen müssen, wo von dem Grundrecht *nicht zum Zwecke privater Auseinandersetzungen* Gebrauch gemacht wird, der Redende vielmehr *in erster Linie zur Bildung der öffentlichen Meinung beitragen will*, so daß die etwaige Wirkung seiner Äußerung auf den privaten Rechtskreis eines anderen zwar eine unvermeidliche Folge, aber nicht das eigentliche Ziel der Äußerung darstellt. Gerade hier wird das Verhältnis von Zweck und Mittel bedeutsam. Der Schutz des privaten Rechtsguts kann und muß um so mehr zurücktreten, je mehr es nicht um eine unmittelbar gegen dieses Rechtsgut gerichtete Äußerung im *privaten namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele*, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in *einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage* durch einen Legitimierten<sup>63</sup> handelt...“<sup>64</sup>

Es handelt sich um die Bewertung einer Meinung, bei der die subjektiven und die objektive Komponenten mitberücksichtigt werden:

(1) *Subjektive Komponente*: Sehr viele Äußerungen lassen sich in den Zusammenhang mit Gewinnerzielungsabsichten oder zumindest ökonomische Interessenverfolgung bringen. Die gesamte Medienberichterstattung erfolgt durch Redakteure und Reporter<sup>65</sup>, die von dieser Berichterstattung leben müssen. Sämtliche Äußerungen zur Steuer-, Erziehungs- und Bildungspolitik haben einen kommerziellen Nexus mit dem Äußernden, wenn es sich um Steuerzahler oder Eltern handelt, die an einer möglichst effektiven Verwendung von Steuermitteln und an guten Erziehung und Bildung ihrer Kinder interessiert sind. Auch für die Stellungnahmen und Wahlreden von Berufspolitikern, die (wieder-)gewählt werden wollen, kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Alimentationsinteresse motivierend ist. Das Abstellen auf die subjektive Komponente zur Entscheidung darüber, ob „kommerzielle Sprache“ vorliegt,

---

61 Skizze übernommen von Poth, Rippel, Pflaum u.a. Praktisches Lehrbuch der Werbung, 1988, S.25.

62 Dazu, daß es hier an der Konkordierung zweier gegensätzlicher Rechtsgüter - wie Meinung und Ehrschutz - fehlt, siehe bereits oben Fn...

63 Ähnliche Ausführungen finden sich auch für nicht "Legitimierte" BVerfGE 66, 116, 139 "Walraff"; BVerfGE 82, 272, 281 "Zwangsdemokraten".

64 BVerfGE 7, 198, 212 "Lüth".

65 So bereits BVerfGE 30, 336, 352 "Sonnenfreunde"; BVerfGE 68, 226, 232 f "Schwarzer Sheriff".

würde die Entdeckung und Konkretisierung von „(Un-)mittelbarkeitskriterien“ fordern und damit wohl etwas Unmögliches.

- (2) **Objektive Komponente:** Das Abstellen auf den *Meinungsinhalt* ist gerade in den problematischen Fällen ein ebenso untaugliches Kriterium. Belege für diese Auffassung sind die Fälle I und IIa („Ölverschmutzte Ente“; HIV-Positiv), in denen die Einlassung Benetton nicht leicht widerlegbar ist, es gehe um eine Sensibilisierung der Öffentlichkeit für den Umweltschutz und die Rassentrennung<sup>66</sup> und nicht (primär) um den Verkauf von Bekleidung. Das Charakteristikum dieser Imagewerbung ist es, Sprache über gesellschaftlich wichtige Interessen mit *psychologischen Werbemitteln und Werbebudgets zu streuen*. Nur wenn dieses Ziel erreicht wird, man dem Unternehmen dieses vorrangige Bemühen auch abnimmt, *kann das zweite Ziel dieser Werbung erreicht werden*: die sympathische Assoziation. Die Benetton-Werbung ist auch ein Beispiel dafür, wie riskant dieser Weg für ein Unternehmen sein kann. Wird das erste Ziel erreicht, akzeptiert die Öffentlichkeit aber nicht Benetton's Autorität für eine solche Werbung, dann wird nicht nur das zweite Ziel verfehlt, sondern es kann auch zu negativen Rückkoppelungseffekten kommen: so haben sich in einigen Schulen Anti-Benetton-Gruppen formiert, die dem Unternehmen diese „Kommerzialisierung“ der Ideale von Gleichheit und Ökozentrismus verwehren wollten und zum Boykott aufriefen. Benetton hat nach eigenen Angaben Umsatzverluste erlitten.<sup>67</sup>

Wenn man sich von solchen Werbesachverhalten löst, dann wäre es aufgrund einer objektiven, inhaltlichen Analyse schwierig, die an Bundestagsabgeordnete gerichteten Appelle *für* ein Nichtraucherschutzgesetz<sup>68</sup> zu stimmen, *nicht* als kommerzielle Sprache zu qualifizieren. Die erheblichen, wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Tabakindustrie sind gerade *das* Argument, das den Befürwortern des Nichtraucherschutzgesetzes entgegengehalten wird. Die Befürworter handeln auch eigennützig, wenn sie in *ihrer* Alltagsumwelt nicht mit Zigarettenrauch konfrontiert werden wollen.

Die vorliegende Arbeit macht deshalb „*grundsätzlich*“ den Bezug zur Kontrahierungs-, Produkt- und Distributionspolitik zum Ausgangspunkt der Definition und Bewertung. *Wenn hier ein plausibler Zusammenhang zwischen „Sprache“ und diesen Zielen hergestellt werden kann, ist nicht auszuschließen, daß es sich um „kommerzielle Sprache“<sup>69</sup> handelt* (siehe auch die weite Umschreibung zu Beginn dieses Kapitels). Die Einbeziehung des Marketing-Kontextes<sup>70</sup> ist notwen-

---

66 So O.Toscani, Die Werbung ist ein lächelndes Aas, 1997.

67 Die Familie Benetton hat auf die Kritik an ihrer Werbung mittels Werbung reagiert: Eine Anzeige zeigt die in der Firma tätigen Familienmitglieder in für psychotherapeutische Zwangseinrichtungen in der Vergangenheit typischen "Zwangsjacken".

68 Anzeige in der FAZ v.3.2.1998 S. 4.

69 Wenn ein Unternehmen in einer ganz anderen Branche tätig ist, und sich zu einem Produkt äußert, dann handelt es sich - wenn es kein Substitut des vom Unternehmen vertriebenen Produkts ist - um einen Beitrag zur öffentlichen Meinung, der wie sonstige Meinungen zu bewerten ist - irrespektive der ökonomischen Bedeutung und der Folgen der Äußerungen.

70 S.Steffens, Werbepolitik multinationaler Unternehmungen, 1982, S.26. Zur Rangfolge der absatzpolitischen Elemente P.Christofolini, Die Verkaufsförderung im Überblick, in: B.Tietz(Hrsg.) Die Werbung, Band 1, 1981, S.429, der eine Untersuchung aus den Jahren 1980 zitiert (418 Betriebe im Raum Neckar) mit folgender Rangfolge: (1) Produktpolitik, (2)Vertrieb/Verkauf (3)Preispolitik (4)Verkaufsförderung (5) Werbung (6) Public Relations..

dig, um die (bisherige)<sup>71</sup> im wesentlichen (wettbewerbs-)rechtliche Steuerung von kommerzieller Sprache zunächst nachvollziehen und dann kritisieren zu können. Das Werbeverbot in Fall VI - der Ärzterwerbung - ist etwa das Ergebnis eines standesrechtlich geformten Berufsbildes, das nicht nur Einschränkungen der Kommunikationspolitik, sondern auch der Produktpolitik (welche Leistungen von Ärzten angeboten werden dürfen) wie auch der Kontrahierungspolitik (bei Kassenpatienten) kennt. Eine isolierte, nur sprachliche Betrachtung wird diesem Kontext nicht gerecht.

Die Positionierung der kommerziellen Sprache im Marketing-Mix erlaubt es zudem, *marketing-strategische Ausweichoptionen* beispielsweise bei Werbebeschränkungen in die rechtliche Bewertung einzubeziehen. Der Mensch, dem der Mund verschlossen und die Sprache verboten wird, ist stumm und muß sich durch Gebärden verständlich machen. Wenn einem Unternehmen die Werbung auf nahezu allen denkbaren Werbeträgern<sup>72</sup> verboten wird - wie es das hier als „Tabakwerbeverbotsrichtlinie“ bezeichnete Gemeinschaftsrecht tut, ist zu prüfen, ob es durch andere absatz- und kommunikationstechnische Alternativen (etwa im Bereich der Kontrahierungspolitik: Preissenkungen) des Marketing-Mix seine Absatzinteressen weiterverfolgen kann. Die Europäische Kommission hat deshalb in ihrem Arbeitsdokument „*Kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt*“<sup>73</sup> eine Typisierung von sechs Markenstrategien und die Zuordnung zu bestimmten Märkten und Produkten vorgenommen. Sie versucht so Datenmaterial und Prognosegrundlagen dafür zu gewinnen, wie sich Werbebeschränkungen und -verbote etwa auf die Kontrahierungspolitik (Preise) auswirken.<sup>74</sup> Tabakwerbeverbote könnten kontraproduktiv sein, wenn die Unternehmen in der Folge den Preis senken würden.<sup>75</sup>

Die Titelalternative - „Kommunikationspolitik als Meinung?“ - hätte den Nachteil gehabt, daß von *einer* „Kommunikationspolitik“ eine Politik des Staates und nicht Privater, die im Zentrum dieser Arbeit stehen, erwartet wird. Ein weiteres Argument, das *gegen die Verwendung von „Kommunikationspolitik“* spricht, ist, daß die Verpackungswerbung ausgespart bliebe: Sie befindet sich im Schnittpunkt von

---

71 Zur wirtschaftssteuernden Funktion eines verfassungsrechtlichen Meinungsfreiheitsrechts siehe 7. Kapitel.

72 Zum Begriff 3. Kapitel I 3).

73 Arbeitsdokument "Kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt" Doc XV/9581/96 zu beziehen über die Generaldirektion XV. Den Singular wählen K.J. Grigoleit/J. Kersten, Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikation, DVBl 1996, 596.

74 Arbeitsdokument "Kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt", S. 45 ff; Kommerzielle Kommunikationen, Die Zeitschrift für Werbung und Marketingpolitik und-praxis in der Europäischen Gemeinschaft, 1997.

75 In der Struktur ähnliche Überlegungen stellen sich auch bei Einführung des Binnenmarktes für Strom und Gas: die niedrigeren Preise der Energie könnten zu weniger sparsamen Umgang mit diesen Energien veranlassen. In beiden Fällen ist deshalb vorhersehbar, daß Tabaksteuern (oder Anbausubventionen ermäßigt) oder Energiesteuern eingeführt werden.

Produktpolitik (Produktgestaltung) und Kommunikationspolitik (Werbung). Für die verfassungsrechtliche Diskussion über *die Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs* ist es nicht relevant, ob Werbung auf der Verpackung oder die gleiche Werbung auf einem Handzettel erfolgt. Wie schwer allein die sprachliche Bezeichnung des Untersuchungsgegenstandes (dieser Arbeit) fällt, zeigt auch die Titelwahl der Europäischen Kommission für ein Grünbuch und eine von ihr gesponserte Zeitschrift. Sie legt, wie die vorliegende Arbeit, das Marketing-Mix zugrunde und bezeichnet als „*Kommerzielle Kommunikationen*“,

„Kommunikationen,... die auf die Förderung des Absatzes von Produkten oder Dienstleistungen bzw. des Images eines Unternehmens oder einer Organisation gegenüber den Endverbrauchern und/oder Vertriebsunternehmen abzielen“.<sup>76</sup>

Es handelt es sich um einen Begriff, der - soweit ersichtlich - bisher weder dem juristischen<sup>77</sup> noch dem wirtschafts- oder kommunikationswissenschaftlichen Begriffsreservoir zuzuordnen ist. Er entspricht im wesentlichen den im Anfang zu diesem Kapitel geschilderten Kriterien und verdeutlicht eine Weite möglicher Kommunikationsinhalte, die den Rahmen jeder detaillierten Untersuchung sprengen. Eine Differenzierung und Kategorisierung versprechen auch die „Kommerziellen Kommunikationen“ nicht. Im Unterschied zum Begriff „Kommerzielle Sprache“ machen die „kommerziellen Kommunikationen“ nicht den hier interessierenden Aspekt deutlich, daß es um Sprache - und nicht um Tun geht.<sup>78</sup> So bleibt in einer terminologischen Übersicht noch die alte Frage nach dem Begriff der „Werbung“.

### c) *Kommerzielle Sprache und Werbung*

#### aa) Weite Definition der „Werbung“ als Bestandteil des Titels dieser Untersuchung

Diese juristische Arbeit sieht sich zu einer terminologischen Grundentscheidung gezwungen, ob sie - wie andere verfassungsrechtliche Arbeiten in jüngerer Zeit - am Begriff der „Werbung“ festhalten kann oder nicht.<sup>79</sup> Für diese Arbeiten war der Begriff „Werbung“ einschlägig, weil sie zwischen *Werbung, Sponsoring und Public Relations („Öffentlichkeitsarbeit“)* entweder nicht differenzierten oder an die Differenzierung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen knüpften. Demgegenüber wird mit dieser Arbeit versucht, die drei Kern-Formen der kommerziellen Sprache in die Prüfung einzubeziehen. Es gibt aber keinen Oberbegriff für

- Werbung auf der Verpackung als Bestandteil der Produktgestaltung,
- Werbung,

---

76 Kom (96) 192 endg.

77 Es ist vorhersehbar, daß die Begriffswahl der Kommission die Wortwahl der Literatur prägen wird.

78 Kommunikation kann auch durch Tun erfolgen - siehe die Beispiele zum "Expressive Conduct".

79 A.Hatje, *Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit*, 1993; W.Skouris (Hrsg.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe*, 1994.

- Sponsoring,
- Public Relations
- Product Placement und
- persönlichem Verkauf,

der *nur* diese Kommunikationsanstrengungen zusammenfaßt. *Im Titel* dieser Arbeit wurde der Begriff „Werbung“ deswegen dementsprechend „juristisch extensiviert“. <sup>80 81</sup> Eine Rechtfertigung für diesen Sprachgebrauch bietet bisher in weiten Teilen das unterverfassungsrechtliche „*Werbe*“-recht, das die Frage der teleologische Erstreckung des Begriffs der Werbung auf Sponsoring, Product Placement und Public Relations verlangt.<sup>82</sup> So erfolgt im berufsständischen Werberecht der „Moderne“ nur die Regelung von „Werbung“; weder das Steuerberatergesetz noch die Bundesrechtsanwaltsordnung<sup>83</sup> erfassen ausdrücklich das „Sponsoring“, wie auch die anliegenden Übersichten zum „Werberecht“ belegen. Das Recht, das die Zulässigkeit der Strategien der Kommunikationspolitik und der „kommerziellen Kommunikationen“ regelt, ist grammatisch immer noch auf die Werbung fixiert. Demzufolge wurde bereits das BVerfG mit der Frage befaßt, ob das von einem Apotheker betriebene Sponsoring eines Fahrradvereins (und die Werbung auf dem Trikot der Radfahrer)

„Werbung“ sei, die „nach Form, Inhalt und Häufigkeit übertrieben wirkt.“

Die standesrechtliche Untersagung hat das BVerfG unter Berufung auf Art. 12 GG aufgehoben, weil „der Sportler als Werbeträger“ inzwischen zum alltäglichen Erscheinungsbild gehöre und die aufgehobenen Entscheidungen eine

„Auseinandersetzung mit den allgemeinen Gepflogenheiten der seriösen geschäftlichen Werbung im Rahmen von Sponsoring vermissen“

---

80 Der Rekurs auf den Begriff "Werbung" erfolgt hier - ähnlich dem angelsächsischem "advertising"- eher auf der intentionalen Ebene: alle Kommunikations- oder die Kommunikation unterstützenden sprachlichen Bemühungen, die eine positive Selbstdarstellung zumindest fördern. Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language, New York, 1989 nennt als relevante Bedeutungsmerkmale u.a. (1) Auslobung - to advertise a reward (2) Produktwerbung - to praise the good qualities of a product, service etc. in order to induce people to buy or use it (3) anpreisend - to call attention to, in a boastful or ostentatious manner (4)informieren - to inform (6) mit einer Anzeige nach etwas suchen - to ask for by a notice in the newspaper (7) Werbung - to offer goods for sale or rent by means of advertising.

81 Dabei wird unterstellt, daß auch die Schockwerbung von Benetton auf ein positives Selbstimage des Unternehmens - wir und unsere Kunden sehen die Welt wie sie ist - zielt. Positiv im Sinne von zustimmungsfähig, vergleiche dazu auch Ch.Perelman, Logik der Argumentation, S. 74 ff. Siehe die Abgrenzung von Werbung zu spezifischer Verkaufsförderung H.G.Zenk, Werbung und Verkaufsförderung, in: B.Tietz, Die Werbung, 1981, S.452, der Werbung als Aufbau eines langfristigen Images für die Marke, das Produkt und das Unternehmen begreift und Verkaufsförderung als kurzfristige und aktionsbezogene weniger am Gesamt Marketing-Mix orientierte Absatzpolitik.

82 Das Heilmittelwerberecht ist eben noch kein Recht der "Kommerziellen Kommunikationen auf dem Gebiete des Heilmittelabsatzes."

83 Berufsordnung und Fachanwaltsordnung für Rechtsanwälte (§ 59 lit b Abs. 2 Nr. 3 BRAO) § 6 und 7 (BRAK-Mitt 1997, 81 und NJW-Beilage zu Heft 19, 1997).

ließen.<sup>84</sup> Das BVerfG hat also Sponsoring unter „Werbung“ subsumiert und gleichzeitig die Eigenständigkeit des Sponsoring<sup>85</sup> betont. Es hat damit den Weg eingeschlagen, den diese Arbeit weitergehen möchte: nämlich bei der Beschränkung von Sponsoring auch die Interessen der gesponsorten Person oder Institution in die rechtliche Beurteilung einzubeziehen.<sup>86</sup> Ein Anliegen ist die Prüfung, inwieweit das Verfassungsrecht eine dann notwendige Diversifikation im Werbedefinitions- wie auch im Werbebeschränkungsrecht fordert (Schutzbereich und effektiver Garantiebereich). Für die Beschreibung des Untersuchungsgegenstands im *Titel* der Arbeit wird deshalb dieser weite Werbebegriff zugrundegelegt. Werbung als Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit soll

ein „sprachlicher“<sup>87</sup> Sachverhalt sein, der durch Werbende, vor allem durch Werbeträger, -mittel, Werbeinhalte geprägt wird und die Beeinflussung von Menschen bezweckt<sup>88</sup>.

Es handelt sich um eine Werbedefinition, die sich von anderen Werbebegriffen, die in der Kommunikationwissenschaft vertreten werden, in mehrerer Hinsicht unterscheidet:

**(1) Spezielle Kommunikationsmittel.** So werden dort spezielle Kommunikationsmittel - Werbeträger oder Werbemittel - für die Übermittlung des Werbeinhalts verlangt.<sup>89, 90, 91</sup> Der hier vertretene Begriff der Werbung umfaßt

---

84 BVerfG Beschl.v.22.5.1996 NJW 1996, 3067, 3070.

85 3.Kapitel III.

86 Siehe oben zu Werbung als Ersatzwährung.

87 Sprache wird dabei als Gegensatz zu "Tun" verstanden; dies schließt nicht aus, daß Sprache im Kontext von Tun auch als Werbung bezeichnet und geschützt wird.

88 Werbung ist damit nicht auf den kommerziellen Bereich im Sinne von Wirtschaftswerbung beschränkt, um die unterschiedliche Behandlung von Wirtschaftswerbung und sonstiger Werbung - Parteien-, Glaubens-, Regierungs-, und Gewerkschaftswerbung darzustellen und auf ihre Rechtfertigung zu überprüfen. Der Werbungsbegriff umfaßt damit sowohl den früher für Wirtschaftswerbung gebräuchlichen "Reklamebegriff" wie auch die für weltanschauliche und politische Zwecke erfolgende "Propaganda", R.Jagdberger: Die Grenzen der wirtschaftlichen Werbung, Stuttgart, 1967, S.3.

89 So B. Kroeber-Riel, Strategie und Technik der Werbung, Stuttgart, 1990, S. 29: "Werbung läßt sich als versuchte Verhaltensbeeinflussung mittels besonderer Kommunikationsmittel auffassen".

90 Dies geschieht auch um Werbung von einem anderen Teil des Kommunikationsmittels ("persönlicher Verkauf"; siehe Skizze S1) abzugrenzen. geschweige/G.Schrattenecker: Werbung, 2.Aufl., Stuttgart 1989, S. 9, "Unter Werbung versteht man die beabsichtigte Beeinflussung von marktrelevanten Einstellungen und Verhaltensweisen ohne formellen Zwang unter Einsatz von Werbemitteln und bezahlten Medien" wobei das Kriterium "ohne formellen Zwang" zur Abgrenzung gegenüber Pflichten wie z.B. der Pflicht eine Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge abschließen zu müssen, begriffen wird. Damit wird auch deutlich, daß public relations, die nicht bezahlt werden, vom Werbungsbegriff nicht umfaßt werden.

Ergänzend werden auch Werbungsdefinitionen vertreten, die jegliche Form der zwangshafte Beeinflussung - und nicht nur den formellen Zwang -begrifflich von Werbung trennen: "eine absichtliche und zwangsfreie Form der Beeinflussung, welche die Menschen zur Erfüllung der Werbeziele veranlassen soll" (K.Ch. Behrens: Begrifflich-systematische (Grundlagen) der Werbung - Erscheinungsformen der Werbung, in: derselbe: Handbuch der Werbung, 2. Aufl., Wiesbaden, 1974, S.4). Damit soll die subliminale (unterschwellige) Beeinflussung nicht "Werbung" sein. Notwendige Subsumtion (Verstoß gegen § 3 UWG? Schutz subliminaler Werbung in Art. 5 I GG?) wird so durch Definition ersetzt. Ein weite-

**grundsätzlich auch Formen der unmittelbaren individuellen Kommunikation** - wie einen Vertreterbesuch an der Haustür oder ein Verkaufsgespräch im Laden - weil es für die Eröffnung des „meinungsfreiheitlichen“ Schutzbereiches (Art.5 Abs.1 GG)<sup>92</sup> irrelevant ist, ob Sprache im Rahmen von Werbeanzeigen oder -spots auf der einen oder eines Verkaufsgesprächs auf der anderen Seite verwandt wird („Verkaufsförderung“). Durch die Benutzung des Verbs „prägen“ soll zum Ausdruck gebracht werden, daß nicht alle Merkmale kumulativ erfüllt sein müssen, sondern auch werbeträgerfreie Werbemittel - wie beispielsweise die Briefwerbung - als Werbung zu qualifizieren sind (vergleiche auch die Skizze S 7).

(2) Werbung als Zwang? Werbung wird als

„absichtliche und **zwangsfreie** Form der Beeinflussung, welche die Menschen zur Erfüllung der Werbeziele veranlassen soll“,

definiert<sup>93</sup>. Bei Zugrundelegung einer solchen Werbedefinition würde die subliminale Werbung nicht als Werbung bezeichnet werden können, weil versucht wird, das Unterbewußtsein des Rezipienten zu „programmieren“. Noch weitergehend wären Formen der **suggestiven Werbung**<sup>94</sup> nicht von der Definition erfaßt, weil sie als Werbung zwar wahrgenommen werden, die Adressaten **ihre Wirkung** aber nicht durchschauen und ohne gedankliche Kontrolle das Werbeziel verwirklichen; so beispielsweise bei einem impulsiven Kauf von Süßigkeiten im Kassenbereich eines Supermarktes, wo der Konsument auf das Angebot reagiert und vielleicht ohne Nachdenken zugreift.<sup>95</sup> Auch hier könnte es sich um eine zwanghafte Beeinflussung handeln - es ist indes eine Frage der **Subsumtion, und nicht der Definition**, solche Werbeformen zutreffend zu bewerten und gegebenenfalls zu bekämpfen.<sup>96</sup>

(3) **Werbung umfaßt nur die vom Werbenden gestaltete Sprache**. Durch das Abstellen auf die Absicht **des Werbenden, andere zu beeinflussen** soll deutlich werden, daß **heteronom addierte Meinungsinhalte** und **allgemeine Rahmenbedingungen** nicht von der Werbedefinition selbst umfaßt sind. Ein Beispiel für einen heteronom addierten Meinungsinhalt ist der Zusatz: „Zu Risiken und Nebenwirkungen ... fragen Sie ihren Arzt oder Apotheker“ bei der Werbung für Heilmittel in audiovisuellen Medien<sup>97</sup> (§ 4 Abs.5 S.1 HWG), der - wenn er

---

res Argument für einen Werbungsbegriff, der im Rahmen der Festlegung des Untersuchungsgegenstandes auf das Kriterium der "Freiwilligkeit" verzichtet. So auch F.W.Mähling: Werbung, Wettbewerb und Verbraucherpolitik, München, 1983, S. 11 ff 14, "Die Wirtschaftswerbung ist eine bestimmte Kommunikationsform, bei der Nachrichten bzw. Informationen (= Werbebotschaft) von einem Sender (= das Werbung treibende Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar über einen oder mehrere Kanäle (= Werbemittler) an einen oder mehrere Empfänger im Sinne des Werbenden positiv zu beeinflussen. Die Minimalelemente des Kommunikationssystems "Werbung" sind demzufolge: Werbebotschaft, Sender, Kanal und Empfänger" ..

91 Siehe zur Etymologie und zu den Begriffen "Werbung", "Reklame" und "Propaganda"; C.Hundhausen: Wesen und Formen der Werbung, Essen, 1954, S. 37 ff und R.Seiffert: Werbelehre, Band I, Stuttgart, 1966, S. 7 ff.

92 Zur Meinung von Drettman siehe unter....

93 K.Ch.Behrens, Begrifflich-systematische Grundlagen der Werbung - Erscheinungsformen der Werbung, in: ders. Handbuch der Werbung, 2. Aufl., 1974, Wiesbaden, S. 4.

94 3.Kapitel I 4 b). C.Baudenbacher, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, 1978. Siehe auch Th.Ch.Paefgen, Psychologischer Kaufzwang - A quo venis et quo vadis? GRUR 1990, 85 ff.

95 Beispiel von G. Schweiger/G. Schrattenecker, Werbung, S. 70.

96 So auch im Ergebnis F.W.Mähling, Werbung, Wettbewerb und Verbraucherpolitik, 1983, S. 11 ff. und F.Drettman, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1984, S. 7 f.

97 P.Bülow § 4 Rn. 114 in: Bülow/Ring, Heilmittelwerbegesetz, 1996.

für nicht unter das HWG fallende Arzneimittel und Verfahren verwendet würde - eine werbewirksame Wirkung des Mittels indizieren würde. Ein Beispiel für Rahmenbedingungen sind die Zwischenblenden,<sup>98</sup> die Werbeblöcke im Rundfunk voneinander trennen. So könnten sowohl die Graphikblenden in der ARD als auch die Mainzelmännchen im ZDF der Förderung der Aufnahmebereitschaft der Zuseher<sup>99</sup> dienen, ohne als vorbereitende Elemente der Werbung im hier verstandenen Sinn bezeichnet zu werden.

bb) „Werbung“ als Arbeitsbegriff: die kommerzielle Werbung  
*Außerhalb des Titels* dieser Arbeit wird der Begriff „Werbung“ sachgemäß verengt, weil diese *Verengung* logische Voraussetzung für die Unterscheidung und den Vergleich der (verfassungs-)rechtlichen Regelung von Werbung, Sponsoring, persönlicher Verkauf und Public Relations ist und auch Voraussetzung für die Einordnung der Werbung in das „Marketing-Mix“ ist. *Wenn hier der Begriff „Werbung“ verwendet wird, soll es sich um Werbung als Bestandteil des Kommunikationsmix (der kommerziellen Sprache) handeln - soweit keine andere Bestimmung im Einzelfall erfolgt.*<sup>100</sup> Die Werbung ist diejenige Form der kommerziellen Sprache, die im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht; wenn der Schutz der Werbung geklärt ist, dann versucht die Arbeit Aussagen zu Sponsoring und Public Relations zu treffen. Der engste Kern der Werbung ist die oben beschriebene, „*klassische Werbung*“ (zu Beginn des II. Abschnitts) und in Rechtsgebieten wie dem Gemeinschaftsrecht, in denen der meinungsfreiheitliche Schutz der Werbung bisher in der EuGH-Rechtsprechung keine Berücksichtigung findet, wird auf diesen Werbungskern rekurriert um mögliche Prüfungsstrukturen und Tendenzen aufzuzeigen (5. Kapitel). Soweit terminologische Abgrenzungsfragen diskutiert werden, wird des öfteren auf die „klassische Werbung“ Bezug genommen, weil bei ihr eben evident ist, daß sie Werbung ist. Die Annäherung an andere Sprache, die Elemente etwa der Public Relations oder des Sponsoring aufweist, kann dann nur im Einzelfall erfolgen (3. Kapitel I 4 g).

Mit seiner Enge unterscheidet sich der betriebs- und kommunikationswissenschaftliche Begriff der Werbung von der oben dargestellten (siehe unter aa)), bisher vorherrschenden, juristischen und weiten Terminologie.

Die Kluft zwischen dem juristischen und ökonomischen Wortgebrauch wird indes kleiner: Längst haben sich die Wirtschaftswissenschaften vom engsten aller Werbebegriffe gelöst, der Werbung als

„die *verkaufspolitischen* Zwecken dienende... Einwirkung auf Menschen...“<sup>101</sup>  
begriff.

---

98 Einen Überblick über damals aktuelle Zwischenblenden gibt W.Krauß, Insertwirkungen im Werbefernsehen, Eine empirische Untersuchung zum "Mainzelmänncheneffekt", 1982, S.65.

99 Siehe dazu die Untersuchung von W.Krauß, Insertwirkungen im Werbefernsehen, Eine empirische Untersuchung zum "Mainzelmänncheneffekt", 1982, S.67,f.

100 Es sei denn es erfolgt eine anderweitige Kennzeichnung durch das Adjektiv "ideell". Einen ähnlich *duale* Verwendung des Werbebegriffs findet sich auch bei P.Bülow, § 1 Rn. 7 in Bülow/Ring, Heilmittelwerbegesetz, 1996.

101 K.Ch.Behrens, Absatzwerbung, 1964, S.14.

Werbung beschränkt sich heute nicht nur auf den Absatz von *Produkten, also von Waren und Dienstleistungen*, sondern erstreckt sich auch auf den Beschaffungs- und Personalmarkt.<sup>102 103</sup> Die Folge ist, daß *eine Zuordnung der Werbewirkung* - die in der beiliegenden Skizze<sup>104</sup> verdeutlicht wird - zu *einem* Unternehmensziel oft nicht mehr möglich ist. Der wirtschaftswissenschaftliche Begriff der Werbung wurde also zum einen weiter und zum anderen - funktionsbezogen - differenzierter. Diese Ausdifferenzierung wird in einer juristischen Betrachtung vorausgesetzt.

### cc) Normspezifische Bedeutung der Werbungsdefinitionen

Eine Recherche von werbungsbeschränkenden Normen (als Oberbegriff von Gesetzen, Verordnungen und Satzungen) ergibt zunächst, daß sich der deutsche Normgeber der *Aufgabe*, Werbung zu definieren, fast immer entzogen hat.<sup>105</sup> Wie auch die beiliegende Übersicht zum unterschiedlichen normativen Vorverständnis von Werbung verdeutlicht, wird „Werbung“ als selbstverständlich in den dort genannten Vorschriften *vorausgesetzt*. Um Werbung dennoch rechtlich zu steuern, werden vor allem die Generalklausel des § 1 UWG<sup>106</sup> und Negativdefinitionen eingesetzt. Ein Beispiel für die Verwendung von Negativdefinitionen<sup>107</sup> ist das Lebensmittelrecht (§ 17 ff LMBG<sup>108</sup>, siehe auch § 11 HWG<sup>109</sup>), das nur *die* Werbung umschreibt, die *unzulässig* ist.

---

102 Bestimmte Werbeformen, wie die Image- oder Unternehmenswerbung entstanden, um den Aktienwert der Unternehmen zu steigern und zu stabilisieren; also die Beschaffung von Kapital zu erleichtern; dazu siehe unter ....

103 Noch weitergehend handelte es sich heute um eine Unterstellung, wenn Werbung nur in Verbindung mit der Werbetätigkeit privater Rechtsträger gesehen würde. Die Zugehörigkeit von Werbung zum Marketing-Mix bedingt auch, daß die Entwicklung von "Public Marketing" zur Entwicklung der Werbung für den Staat und die öffentliche Hand führt. Diese, als klassisches Marketingkonzept bekannte Definition hat durch die Entwicklung zum sogenannten "*generischen Marketingkonzept*" einen tiefgreifenden Wandel erfahren. *Die Instrumente des Marketing werden inzwischen auch auf Austauschprozesse zwischen nicht-kommerziellen Organisationen und Individuen erstreckt. "Marketing" ist damit zu einer Sozialtechnik* (H.Meffert, Marketing, Sp. 1473 ff, in: B.Tietz/R.Köhler/J.Zentes, Handwörterbuch des Marketing, 1995) *geworden*, die uns durch ubiquitäre Verbreitung in allen Lebensbereichen von der Kunst, Kultur, Politik, Religion bis zur Caritas erreicht. Siehe auch mit Beispielen Ph.Kotler, Marketing für den öffentlichen Bereich, Ansatzpunkte, Instrumente und Anwendungsbeispiele DBW 1979, 421, 428.

104 Skizze in Anlehnung an S.Steffens, Werbepolitik multinationaler Unternehmungen, 1982, S.57.

105 Zur lückenhaften Werbungsdefinition des HWG siehe oben unter I 3.

106 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl., vor §§ 3-8 Rn 1 "Jede an eine andere Person gerichtete geschäftliche Anpreisung von Waren oder Leistungen, mag sie sich an einem größeren Personenkreis wenden oder sich unter 4 Augen abspielen. Ihr Ziel ist die Förderung des Absatzes und der Leistungsverwertung durch Abschluß von Geschäften mit Kunden".

107 Es besteht also ein allgemeines Definitionsdefizit, dem auch in den sonst modernen Bestimmungen des *deutschen* Rundfunkstaatsvertragsrechts nicht abgeholfen wird: Der Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland v. 11.9.1996 enthält eine Sponsoringdefinition (§ 8 Abs.1) und eine Teleshoppingdefinition (§ 45 Abs.3), aber keine Definition der Werbung, sondern nur die bekannte Schilderung der unzulässigen Werbung (§ 7). Auch der Staatsvertrag über Mediendienste v.1.8.1997 enthält nur Bestimmungen über unzulässige Werbung (§ 9).

108 Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz) v. 8.7.1993, BGBl I, S. 1169 = in aktualisierter Fassung Sartorius Nr. 280.

Für das Postulat einer *normspezifischen, differenzierenden* Betrachtung auf der Ebene der Definition können deshalb vor allem gemeinschafts- und völkerrechtliche Bestimmungen des Wettbewerbs- und „Rundfunk“rechts als Beispiele zitiert werden. Nach gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien zur irreführenden Werbung handelt es sich bei Werbung um:

„jede *Äußerung bei* der Ausübung eines Handels, Gewerbes oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen *zu fördern*.“<sup>110</sup>

Diese Werbedefinition ist Grundlage von *Werbeinhaltsrecht* (Schutz vor irreführender Werbung<sup>111</sup>). Schon das *Werbeträgerrecht* (Harmonisierung der Vorschriften über die Ausübung der Fernsehtätigkeit) kennt eine andere Definition der „*Fernsehwerbung*“:

„jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die *im Fernsehen von einem öffentlich-rechtlichen oder privaten Veranstalter* entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als *Eigenwerbung* gesendet wird mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern.“<sup>112</sup>

Gemeinsam ist beiden Definitionen, daß *Werbung* hier als Bestandteil „kommerzieller *Sprache*“ begriffen wird.<sup>113</sup> Beide Werbedefinitionen sind dem „sprachlichen“ Charakter von Werbung verhaftet, wenn sie auf „Äußerungen“ Bezug nehmen. Es gibt aber auch gemeinschaftsrechtliche Werbedefinitionen, die viel wei-

---

109 Das Heilmittelwerberecht setzt den Werbebegriff voraus und definiert spezielle Erscheinungsformen, wie die Erinnerungswerbung (§ 4 VI HWG).

110 Art. 2 Nr.1 der Richtlinie 84/450/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung v. 10.9.1984, ABl. 1984, Nr. L 250/20 und zur vergleichenden Werbung Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.10.1997 ABl. Nr. L 290/18 Art. 2a: "Vergleichende Werbung: jede Werbung die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht".

111 3.Kapitel I 4.

112 Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.6.1997 zur Änderung der Richtlinie 98/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. Nr. L 202/60 Art.1 c); vorher umfaßte die Werbedefinition die Eigenwerbung nicht; vgl. Richtlinie des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit (89/552/EWG) v. 3.10.1989 ABl. Nr. L 298/ 23, Art. 1 b).

113 Für das deutsche Recht ist diese Werbungsdefinition nicht verbindlich, weil Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft nur gegenüber den Mitgliedstaaten, nicht aber gegenüber den beteiligten Bürgern unmittelbar gelten (Art. 187 Abs.3 EGV), und der Umsetzung in mitgliedstaatliches Recht bedürfen. Mit dieser Werbungsdefinition bestimmt die Richtlinie ihren eigenen *Anwendungsbereich*, so daß eine Verpflichtung zur Übernahme dieser Werbungsdefinition in das deutsche Rundfunkrecht weder für die Mitgliedstaaten noch nach den Grundsätzen für eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien gegenüber den Bürgern bejaht werden kann. Nur dann, wenn sachlich eine widersprechende Regelung von der in der Definition erfaßten Werbung im deutschen Rundfunkrecht zu bejahen wäre, könnte insoweit eine unmittelbare Wirkung zu bejahen sein.

tergehend sind, und sich auf das „Tun“, nämlich die tätige Lieferung von Zugaben und Mustern erstrecken. Im *produktbezogenen* Werberecht wird Werbung definiert als:

„alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und *zur Schaffung von Anreizen* mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern; sie umfaßt insbesondere ...“<sup>114</sup>

Es handelt sich um produktbezogenes Werberecht, weil den Gefahren, die von einem *Produkt* und seiner Verwendung durch den Verbraucher ausgehen, vorgebeugt werden soll.<sup>115</sup> Typisch ist damit die Erstreckung auf Werbung, die Proben oder Muster liefert. Das zeigt auch eine weitere, produktbezogene Werberechtsmaterie, nämlich das Säuglings- und Folgenahrungswerberecht, wo sich das Werbeverbot auf die Verteilung von Proben und Zugaben erstreckt.<sup>116</sup>

Grundsätzlich ist auffällig, daß im Gemeinschaftsrecht die Etikettierung - also die Gestalt (der Werbung auf) der Verpackung - immer besonders (und getrennt) geregelt wird. Diese Trennung der „Verpackung“ von der „Werbung“ und der „Kommunikationspolitik“ läßt sich im Grünbuch der Kommission zu den „Kommerziellen Kommunikationen“ wie auch im Sekundärrecht<sup>117</sup> nachweisen. Für die Prüfung der Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs ist diese Differenzierung ohne Relevanz.

Die Werbedefinition im völkerrechtlichen Fernsehübereinkommen des *Europarates* unterscheidet sich durch den im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht weiteren *Inhalt*. Werbung ist hier:

„jede öffentliche Äußerung zur Förderung des Verkaufs, des Kaufs oder der Miete oder Pacht eines Erzeugnisses oder eine Dienstleistung, zur Unterstützung einer Sache *oder Idee* oder zur Erzielung einer anderen, vom Werbetreibenden gewünschten Wirkung, wofür dem Werbetreibenden gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung Sendezeit zur Verfügung gestellt wird“<sup>118</sup>.

---

114 Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG des Rates v. 31.3.1992 über die Werbung für Humanarzneimittel AB1 Nr. L 113/13 mit weiteren Beispielen.

115 Davon zu trennen ist die Frage, welche Formen der Werbung bei produktbezogenem Werberecht beschränkt werden soll. Hier ist - wie die Togonal-Werbung zeigt - nicht ausgeschlossen, daß auch eine Imagewerbung unter die Werbebeschränkung fällt; dazu siehe unter ...

116 Richtlinie der Kommission v. 14.5.1991 über Säuglingsnahrung und Folgenahrung (91/321/EWG) AB1 Nr. L 175/35 Art. 8 Abs. 2; die Richtlinie selbst beruht auf Art. 4 Abs. 1 lit. f der Richtlinie des Rates v.3.5. 1989 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind (89/398/EWG) AB1 Nr. L 186/27.

117 Siehe etwa Richtlinie 92/27/EWG des Rates v. 31.3.1992 über die Etikettierung und die Packungsbeilage von Humanarzneimitteln AB1 Nr. L 113/8.

118 Europäisches Übereinkommen der Mitgliedstaaten des Europarates über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5.5.1989 (BGBl ....), Art.2 f, das auch Formen der Public Relations umfassen soll, H.Höfling/B.Möwes/M.Pechstein: Europäisches Medienrecht, 1991, S. 42, 115 Rdn. 62 zu Art. 2; anderer Ansicht H.Kuch, E-I 1.2 Rn. 61-67 in: Ring, Medienrecht, 1992, der davon ausgeht, daß konstituierend für die "Werbung" ist, daß für sie be-

Werbung wird so nicht auf die *Sprache im Kontext von Kontrahierungs-, Produkt- und Distributionspolitik von Produkten* beschränkt, sondern erfaßt auch soziale, umweltorientierte oder religiöse Werbung, wenn sie eine *Idee* fördert. In einer normativen Betrachtung kann „Werbung“ damit sowohl Bestandteil der kommerziellen als auch der nicht-kommerziellen Sprache (in der Terminologie des Fernsehübereinkommens „Förderung einer Idee“) sein. Der nächste Abschnitt widmet sich den definitorischen Koordinaten dieser Werbung für „Ideen“.

## 2. Begriff der „nicht-kommerziellen Sprache“

Eingangs wurde der Begriff eines Sprachschiffs gewählt, das Kurs zwischen den Ufern hält. Das Ufer der „nicht-kommerziellen Sprache“ wird für diese Arbeit durch die *ideelle, mediale, staatliche, parteiliche und „religiöse“* Sprache konturiert. Dieser Differenzierung könnte man entgegenhalten, daß sie *weder notwendig* (privatrechtliche Folgenargumentation unter a)) *noch sachgerecht* ist (instrumentelle Betrachtungsweise unter b). *Nach der Überprüfung dieser Kritik werden die unterschiedlichen Sprachformen, die zur nicht-kommerziellen Sprache gezählt werden, benannt.*

### a) Unterschied zwischen verfassungsrechtlicher Ursprungs- und privatrechtlicher Folgenargumentation

Auf der Ebene des Verfassungsrechts werden - *bisher*<sup>119</sup> - die unterschiedlichen Sprachformen in unterschiedlichen Grundrechten getrennt voneinander geschützt. Die wesentliche und grundsätzliche Zuordnung erfolgt durch den Schutz kommerzieller Sprache durch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Art. 12, 14, 2 GG)<sup>120</sup> und den Schutz nicht-kommerzieller Sprache durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG).

Hier wird davon ausgegangen, daß die *Sprache ein „Mittel“* ist und deshalb im *Kontext mit personalen und inhaltlichen Gewährleistungen zu beurteilen und zu bewerten ist*. Es handelt sich um eine am *Ursprung* der Gewährleistung orientierte, *verfassungsrechtliche* Differenzierung. So ist nach der hier zugrundegelegten Betrachtung staatliche Sprache am Staatsorganisationsrecht<sup>121</sup>, die Mitgliederwerbung für Vereinigungen an Art. 9 GG<sup>122</sup>, Werbung unter Einsatz von Kreu-

---

zählt wird und deshalb die Vorstellung kultureller Erzeugnisse in einer Veranstaltung keine Werbung sei (Rn. 65).

119 7.Kapitel.

120 7.Kapitel.

121 Ein weiterer Maßstab ist die "Meinungsfreiheit" des Staates, die Grundrechte der Rechtsträger, die Gegenstand der staatlichen "Meinung" sind, und/oder die Rezipienten dieser "Meinungen" sind; dazu V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, S. 71 ff, 122 ff, 135 f.

122 BVerfG Beschl.v.9.10.1991 und Beschl.v.7.11.1991 NJW 1992, 549 ff " Lohnsteuerhilfereine"; in beiden Beschlüssen wird für die Sprache der Vereinigungen entweder Art. 9 (Mitgliederwerbung) oder Art. 12 GG (Werbung für Dienstleistungsangebot) zugrundege-

zen in Schulen und Gerichtssälen an Art. 4 GG und kommerzielle Sprache an Art. 12 GG zu messen. Auch Sprache, die besonders wichtig in einer Familie ist, hat das BVerfG nach Art. 6 Abs. 1 GG geschützt. In welchen Fällen darüber hinaus eine Kombinationsbetrachtung mit Art. 5 GG anzustellen ist, und in welchen Fällen nicht, wird zu ermitteln sein.

Demgegenüber vertritt das „Privatrecht“ eine *wirkungsorientierte* Betrachtung. So wenn staatliche Warnungen als Verletzungen des Rechts des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs oder als Kreditschädigung (§ 823 Abs. 1 und § 824 BGB) qualifiziert werden<sup>123</sup> oder die ordentlichen Gerichte die Sendetätigkeit einer öffentlich-rechtlichen Anstalt dann beurteilen, wenn das Persönlichkeitsrecht der Person, über die berichtet wird,<sup>124</sup> verletzt wird (§ 823 Abs. 1 BGB). Auch für das Wettbewerbsrecht des UWG gilt diese *wirkungsorientierte* Betrachtung: staatliche oder religiös motivierte Sprache muß sich - jedenfalls nach der Rechtskonkretisierung des BGH zu den Kriterien „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ und „zu Zwecken des Wettbewerbs“ (§ 1 UWG; 3. Kapitel V 5c) - dem Sittenwidrigkeitsverdikt des § 1 UWG stellen.<sup>125</sup>

Wegen der verfassungsrechtlich Perspektive der Arbeit liegen Beginn und Schwerpunkt auf der *Ursprungsbetrachtung*; also auf der Prüfung der Eröffnung des „Schutzbereichs“. An der Unterscheidung von ideeller, medialer, „religiöser“, parteilicher und staatlicher Sprache wird wegen der Betroffenheit unterschiedlicher Grundrechte festgehalten. Den Wert, den diese unterschiedlichen Ursprungsgewährleistungen in der Praxis haben, zeigt aber die *Folgenbeurteilung* im Privatrecht - soweit diese als verfassungsgemäß respektiert werden kann; also innerhalb des effektiven Garantiebereichs.

Ein wettbewerbsrechtlicher Literaturansatz unterscheidet folgenorientiert „rassendiskriminierende, ausländerdiskriminierende, religionendiskriminierende, behin-

---

legt. Zur Beschränkung der Werbung in der Praxis OLG Oldenburg Urt.v.6.10.1995 MDR 1996, 671.

123 Rechtsirrtümlich wohl LG Göttingen, Urt. v. 29.11.1990 NVwZ 1992, 98 mit zustimmender Anmerkung von A. Fiebig, NVwZ 1992, 37, das die Mitteilung eines Wassertests durch einen Kreisdirektor als Meinungsäußerung behandelt, die nach § 824 BGB zu beurteilen wäre.

124 Es gibt aber vor allem im Bereich des Rundfunkrechts Fälle, in denen sich sowohl die ordentlichen als auch die Verwaltungs-Gerichte wegen einer Persönlichkeitsverletzung (§ 823 BGB) für zuständig erklärt haben (Vergleiche zu Leistungs- und Unterlassungsklagen wegen persönlichkeitsverletzender Rundfunkstätigkeit zum einen VGH München Beschl.v.2.3.1994 DVBl 1994, 642 f und zum anderen BGHZ 66, 182, 185 f "Die Grenze der für den Bürger hinzunehmenden Rundfunk- oder Fernsehkritik wird vom Privatrecht gezogen und sanktioniert; es bestimmt über Vorliegen und Folgen von Eingriffen... in seine Persönlichkeitsrechte...").

125 Für das Wettbewerbsrecht des GWB und der EG ist die Erstreckung auf staatliches Handeln ausdrücklich angeordnet (§ 98 GWB, Art. 90 EGV). Die wettbewerbsrechtliche, wirkungsorientierte Betrachtung erstreckt sich vorläufig nur auf die staatliche Erfüllung von (öffentlichen) Aufgaben durch "Tun" und nicht auf staatliche Sprache - jedenfalls bei Zugrundelegung der einschlägigen Rechtsprechung. Sie könnte in ihrer Argumentation aber auch auf staatliche Sprache angewandt werden.

dertendiskriminierende und geschlechterdiskriminierende Werbung“ und entwickelt als Auffangtatbestand für die kategorisierungsresistenten Fälle „Tabuzonen der Werbung“, wie die „Werbung mit dem Tod, Krankheit und Gewalt“ und die „Plakatwerbung im öffentlichen Raum“<sup>126</sup>,

Die Untersuchung wird sich dabei im wesentlichen auf zwei Aspekte konzentrieren: zum einen auf die unterschiedlichen Anforderungen, die an den „**Wahrheitsgehalt**“ von kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache zu stellen sind und zum anderen auf die unterschiedliche **Berücksichtigung von Rezipientenrechten**. Diese Zuordnung der verfassungsrechtlichen „Ursprungsperspektive“ zu unterschiedlichen Schutzbereichen und der einfachgesetzlichen „Folgenperspektive“ zum effektiven Garantiebereich ist aber dann nicht mehr überzeugend, wenn unter Hinweis auf die **eingesetzten Mittel** gleiche Maßstäbe für alle Sprachformen“ - hier bliebe nur Art. 5 Abs. 1 GG übrig - verlangt werden könnten.

#### b) *Instrumentelle Betrachtungsweise*

Es handelt sich um eine Variante der **wirkungsorientierten Betrachtung**, die mit einer instrumentellen **Betrachtungsweise operiert**. Sie regt eine **Gleichbehandlung** von parteilicher, staatlicher und kommerzieller Sprache an, weil sich alle derselben Werbemittel bedienen.<sup>127</sup> Die tatsächliche Grundlage dieser Gleichung ist unbestritten: sowohl die „Macher“ der Kampagnen als auch die „Mittel und Strategien“, die in den Kampagnen eingesetzt werden, sind identisch.<sup>128</sup> Die Rechtsgrundlage der Gleichung ist nicht deutlich - sollte es sich um einen gleichmäßigen Schutz nach Art. 5 Abs. 1 GG handeln, dann bedürfte es noch eines allgemeinen Gesetzes, das etwa auch die parteiliche und die staatliche Werbung beschränkt. Es handelt sich um eine eher rechtspolitische Forderung „de lege ferenda“. Die Brisanz dieser Forderung wird deutlich, wenn die Unterschiede zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache hinsichtlich des Wahrheitsgebots und der Wahrung der Rezipientenrechte einbezogen werden. Parteienwerbung darf irreführend bis unzutreffend sein.<sup>129</sup>

Der Schutz der (negativen) Rezipientenrechte ist bei staatlicher und parteilicher Sprache anders als bei kommerzieller Sprache zu bewerten. Bisher wird es dem Staat und den Parteien leichter gemacht, den Bürger zu erreichen als es der kommerziellen Werbung zugestanden wird. Staatlicher und parteilicher Werbung kann

---

126 K.H.Fezer, Diskriminierende Werbung - Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, 265, 273 ff.

127 Ansätze bei H.Abromeit, Das Politische in der Werbung, Opladen 1972, S. 172; siehe auch Ch.Gamm, Aufklärung durch staatliche Publikumsinformation, Der Staat 1991, 51, 52, 59 zur Vergleichbarkeit von kommerzieller Werbung mit staatlicher Publikumsinformation, der auch 170 Fragebögen, die an staatliche Stellen verschickt wurden, ausgewertet hat. Skeptisch P.Kirchhof, Deutsche Sprache, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 1987, § 18 Rn. 16.

128 Siehe Der Spiegel Nr. 5/1998 S. 75, wo von der Werbekampagne des "Werbepapstes" Michael Schirmer für die "Grünen" berichtet wird.

129 Ein Beispiel im 3.Kapitel V 54 b bb).

sich der Bürger nicht durch Aufdrucke mit dem Wunsch: „Keine Werbung“ erwehren.<sup>130</sup> *Die instrumentelle Betrachtungsweise dient hier als Ergänzung der Ursprungsbetrachtung - sie dient der Kontrolle der Ergebnisse der Beschränkungen des Rechts der kommerziellen Sprache.* So muß fraglich sein, ob ein Werbebeschränkungsrecht wie in Fall I überhaupt *geeignet* und *erforderlich* ist, irgendwelchen Wirkungen bei den Rezipienten vorzubeugen, wenn die gleichen Rezipienten bei der staatlichen und parteilichen Sprache Erfahrungen und Kriterien entwickeln, die es ihnen ermöglichen, bildhaftes Umweltengagement mit Umweltbewußtseinpräventionen (kritisch) zu würdigen. Die Tatsache, daß der Autor solcher Äußerungen ein *neuer* im Kreis der Diskursteilnehmer über Umwelt ist und sich mit dem Endziel der Vermarktung von Produkten beteiligt, vermag allein nicht zu begründen, weshalb den Rezipienten *diese* Werbung vorenthalten werden soll. Meinungsfreiheit ist über die Jahrhunderte kein Beispiel für Stagnation, sondern ein Prozeß der Auslotung der Grenzen der Freiheit; und zu diesem prozessualen Charakter gehört es, daß die Rechtsträger der Meinungs- wie der Informationsfreiheit Gelegenheit und Zeit haben, sich mit neuartigen Beiträgen auseinanderzusetzen. Diese Freiheit hat der BGH in Fall I („Ölverschmutzte Ente“) wie im Fall der Togonalwerbung verkannt.<sup>131</sup>

Festzuhalten bleibt, daß die instrumentelle Betrachtungsweise *ein* Bestandteil der verfassungsrechtlichen Würdigung der Geeignetheit und Erforderlichkeit des „allgemeinen Gesetzes“ (Art. 5 Abs. 2 GG)<sup>132</sup> werden muß. Juristische Geschmackszensur, die nicht einmal darum bemüht ist, sich empirischer Wirkungsanalysen zu bedienen, kann diesen Anforderungen nicht genügen. Die „instrumentelle Betrachtungsweise“ kann also bei der „Geeignetheit“ und „Erforderlichkeit“ argumentative Anker kreieren; grundsätzlich kann sie der Differenzierung von kommerzieller/nicht kommerzieller Sprache nicht entgegengehalten werden. Die hier als „nicht-kommerziell“ bezeichneten Sprachformen lassen sich weiter unterteilen:

### c) *Mediale Sprache*

Käme es nur auf die *subjektive Komponente*, die Gewinnerzielungsabsicht, an, dann müßte mediale Sprache immer auch kommerzielle Sprache sein. Denn sehr oft handeln die Medien wie Presse, Funk und Film in der Absicht, Gewinne zu erzielen – und zwar sowohl die Unternehmen als auch etwa die Redakteure und Reporter. Im deutschen Verfassungsrecht verdeutlicht bereits der Wortlaut von

---

130 7.Kapitel.

131 Wer aber auf der anderen Seite den Bürger auch vor dem unausweichlichen Druck staatlicher Sprache schützen will, der wird dem BGH eher beipflichten können: H.P.Vierhaus, Umweltbewußtsein von oben, 1994, S. 383 und 473; O.Kempen, Grundgesetz amtliche Öffentlichkeitsarbeit und politische Willensbildung, 1975, S. 259 ff, 265.

132 Bei einer gesetzesvertretenden Funktion der Rechtsprechung bei der Auslegung einer Generalklausel (§ 1 UWG) richten sich die Anforderungen an die Erforderlich- und Geeignetheit des Gesetzes unmittelbar an sie.

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, daß die durch Institutsgarantien verfestigte Presse- und Rundfunkfreiheit eine besondere Form der (kommerziellen) „Sprache“ ist und deshalb auch verfassungsrechtlich von sonstiger, potentiell kommerzieller Sprache unterschieden werden muß. Dieser Forderung folgt die vorliegende Untersuchung durch die Bezeichnung als „mediale Sprache“ oder „mediale Freiheit“. Eine besondere Bedeutung hat der kommerzielle Sprachhintergrund für die sogenannten „neuen Medien“ - wie Btx oder das Internet. Handelt es sich hier um mediale Garantien, deren Freiheit staatlich „gewährleistet wird“? Müssen ihnen die medialen (einfachgesetzlichen) Privilegien bei der Verbreitung von Werbung (bspw. § 824 Abs. 2 BGB, § 13 Abs. 6 Nr. 1 UWG, § 193 StGB) aufgrund von Art. 5 GG genauso zugestanden werden wie den „älteren“? Und, können sie in gleicher Weise verpflichtet werden? Diese Fragen bilden den Hintergrund dieser Untersuchung; sie können hier nur unter dem Aspekt der Finanzierungsfunktion der Werbung auch für diese Medien<sup>133</sup> beleuchtet werden. Diese Aspekte reichen aus, um mediale Sprache von sonstiger, potentiell-kommerzieller Sprache bereits begrifflich zu trennen.

#### d) *Parteiliche Sprache*

Diese Sprach“form“ ist personal bestimmt; es handelt sich um die Sprache der Parteien, die nach Art. 21 Abs. 1 S.1 GG „bei der politischen Willensbildung des Volkes“ mitwirken.

#### e) *„Religiöse“ Sprache*

Es handelt sich in mehrfacher Hinsicht um einen verkürzten Oberbegriff, der durch personale und/oder inhaltliche Anforderungen bestimmt werden kann:

- (1) Personal bestimmt ist diese „religiöse Sprache“ dann, wenn der Autor eine „Religionsgemeinschaft“ oder Weltanschauungsvereinigung ist, die nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 4-7 WRV besonders geschützt ist. Diese Gemeinschaften

„weisen sowohl unter dem Gesichtspunkt ihres „*Öffentlichkeitsanspruchs*“ (BVerwGE 37, 344, 363)<sup>134</sup> als auch nach ihrem tatsächlichen organisatorischen Erscheinungsbild gewisse Parallelen zur Herrschaftsordnung des Staates auf.“<sup>135</sup>

Wegen dieses besonderen Öffentlichkeitsanspruchs, der der Mitwirkungsbeziehung der Parteien vergleichbar ist (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) ist es auch

---

133 Je mehr das Internet zum Forum für kommerzielle Anbieter wird, desto mehr stellt sich die Frage der kommerziellen Natur des Mediums selbst; siehe zum einen den Handel mit Internet-Adressen (Domäne namens) Die Zeit v. 12.2.1998, S. 61 und FAZ v. 23.4.1998, S. 16 "Die Werbung im Internet soll wirkungsvoller werden" .

134 Dort wird den Weltanschauungsvereinigungen (Art. 137 Abs. 7 WRV i.V.m. Art. 140 GG) ein Öffentlichkeitsanspruch zuerkannt, der die aktive Beteiligung am "öffentlichen, politischen Leben und an der Gestaltung von Staat, Gesellschaft und Rechtsordnung " zum Gegenstand hat.

135 BVerwG Urt.v.26.6.1997 JZ 1997, 1114 f.

gerechtfertigt „religiöse“ Sprache als besondere Form der Sprache zu behandeln.<sup>136</sup>

- (2) Inhaltlich handelt es sich um „religiöse“ Sprache, wenn es sich um Meinungen handelt, die „die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses“ zum Gegenstand haben (Art. 4 Abs. 1 GG). Zu diesen gegenständlich sehr schwer konkretisierbaren Meinungen gehört im Kernbereich die Werbung für den eigenen und gegen den Glauben anderer.<sup>137</sup>

Die begriffliche Verengung auf „religiöse“ Sprache ist damit exemplarisch gemeint; sie soll schlagwortartig auf Sprache verweisen, bei der Art. 4 und 140 GG zu berücksichtigen ist.

#### f) Staatliche Sprache

Die staatliche Sprache wird hier als Untergliederung der nicht-kommerziellen Sprache behandelt. *Personal* wird damit vorausgesetzt, daß es sich um den *hoheitlich organisierten und handelnden „Staat“* handelt und nicht um öffentlich-rechtliche oder gemischt-wirtschaftliche Organisationsformen, die Leistungen (in Konkurrenz zu privaten Mitbewerbern) der sogenannten Daseinsvorsorge anbieten.<sup>138</sup> Wenn der Staat sich am Wettbewerb beteiligt, dann müßte zunächst geklärt werden, ob er - rechtsformabhängig - Grundrechtsträger ist.<sup>139</sup> Eine Privilegierung gegenüber anderen Wettbewerbern, deren Sprache als „kommerzielle Sprache“ geschützt wird, ist nicht begründbar. Wenn man die Grundrechtsfähigkeit des am Wettbewerb teilnehmenden Staates bejaht, dann ist die Sprache *dieses* Staates keine „nicht-kommerzielle Sprache“.

---

136 Siehe aber die Versuche von "Sekten", kritische Äußerungen der Kirchen einem Gesetzesvorbehalts zu unterwerfen BVerfG Kammerbeschl. v. 13.7.1993 NVwZ 1994, 159 und VGH München Beschl.v.28.3.1994 NVwZ 1994, 787 (zum Rechtsweg VGH München Beschl.v.27.5.1993, 598 und OVG Bremen Beschl.v.28.3.1995 NVwZ 1995, 793); BVerwGE 18, 14 ff nimmt für die Kanzelverlesung eines "Hirtenbriefes" vor den Kommunalwahlen eine Kombination der Grundrechte aus Art. 4 und 5 GG an. Der Vatikan kündigt die Notwendigkeit von Werbung an in: Ethik der Werbung, Päpstlicher Rat für die sozialen Kommunikationsmittel, Libreria Editrice Vaticana v. 22.2.1997 zitiert nach ZAW, Werbung in Deutschland, 1997, S. 56. Die Evangelische Kirche scheint zu erwägen, eine Werbeagentur zu beschäftigen (Der Spiegel Nr. 10/1993 S. 78 ff) und scheint es zuzulassen, daß in einem neuen Wohngebiet ein Pastor gesponsert wird (Der Spiegel Nr. 28/1996, S. 110 f). Die Rheinische Landeskirche will mit einem Gütesiegel "Arbeit plus" eine vorbildliche betriebliche Beschäftigungspolitik auszeichnen (FAZ v.24.4.1998, S. 5).

137 BVerfGE 12, 1, 4 f "Abwerbung mit Tabak" wendet Art. 4 und Art. 5 GG auf diese Glaubenswerbung an; aus marketingstrategischer Sicht ist bemerkenswert, daß das Unwerturteil über die Werbung für den Kirchenaustritt auf der Gewährung von Zugaben (Tabak an Strafgefangene) beruht. Damit hat der Beschwerdeführer die Ebene geistiger Auseinandersetzung - wie in den Boykottfällen - verlassen. Siehe auch zu den kommerziellen Motiven von "Glaubenswerbung" H.Goerlich, Glaubenswerbung, Kommerz und Caritas - oder vom Spektrum der Religionsfreiheiten, NVwZ 1991, 751 zu "Scientology".

138 Die staatliche Sprache könnte man als Unterfall ideeller Sprache behandeln - die Stellung des Äußernden unterscheidet sich aber wegen seiner Bestimmungsmacht über andere von "privater" Sprache und muß deshalb begrifflich getrennt bleiben.

139 V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, S. 109 ff, 118 f.

g) *Ideelle Sprache*

Wenn man zu der eingangs geschilderten Metapher zurückkehrt, dann handelt es sich bei der „ideellen Sprache“ um das der Werbung gegenüberliegende Flußufer. Unter diesem Begriff verbirgt sich in zweifacher Hinsicht ein „Auffangtatbestand“: zum einen für die Sprache über Ideen, die keine „kommerzielle Sprache“ beinhaltet (1) und zum anderen für die Sprache, die von den speziellen Definitionen der „nicht-kommerziellen Sprache“ (2) nicht erfaßt wird.

- (1) **Keine kommerzielle Sprache.** Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive reicht es aus, ideelle Sprache als Sprache eines Grundrechtsträgers zu bezeichnen, dem *nicht gleichzeitig* Rechte auf wirtschaftliche Betätigung nach Art. 12 GG und 14 GG hinsichtlich des Sprachinhalts zustehen.<sup>140</sup>
- (2) **Keine in besonderen Begriffsbereichen erfaßte Form der „nicht-kommerziellen Sprache“.** Es darf sich also weder um mediale, noch um parteiliche, „religiöse“ oder staatliche Sprache handeln.

h) *Sinn dieser Einteilung und die Unterscheidung von Schutz- und effektiven Garantiebereich*

Die Unterteilung von nicht-kommerzieller Sprache in „mediale, parteiliche, „religiöse“, staatliche und ideelle Sprache“ ist die Grundlage des Versuchs durch Fallgruppenbildung den meinungsfreiheitlichen Schutz von Sprache zu konturieren und die Grundrechtskonkurrenzen zu Art. 5 GG im 7. Kapitel systematisch zu ordnen. Eine weitere Voraussetzung ist die Unterscheidung des **Schutzbereichs** und des **effektiven Garantiebereichs** der Freiheit der Werbung:

„Der durch die grundrechtliche Freiheitszusicherung abgesteckte **Schutzbereich** ist der Bereich, in dem das Grundrecht überhaupt Schutzfunktion entfaltet.“ ...

„Der **effektive Garantiebereich** ist dagegen derjenige Bereich, in den einzugreifen, zugleich eine Verletzung des Grundrechts bedeuten würde; derjenige Teil des Schutzbereichs also, für den die Voraussetzungen der Zulässigkeit von Eingriffen nicht erfüllbar sind.“<sup>141</sup>

Die Untersuchung, *wie* bei diesen Sprach“formen“ die Rechte der Rezipienten auf Schutz vor belästigender und unwahrer Sprache bewertet werden, soll dazu beitragen, Konkretisierungsalternativen für die kommerzielle Sprache insbesondere im Rahmen von § 1 UWG aufzuzeigen.

---

140 Sowohl bei ((1) keine kommerzielle Sprache) als auch bei ((2) keine besondere Form der "nicht-kommerziellen Sprache" bleibt ein Restbereich, nämlich etwa die Sprache von Gewerkschaften (Art. 9 GG) oder die Sprache in Versammlungen (Art. 8 GG) oder die Sprache, die für (eheliche) Lebensgemeinschaften (Art. 6 GG) wichtig ist. Diese Formen der nicht-kommerziellen und ideellen Sprache haben für die grundsätzliche Frage des unterschiedlichen Schutzes von kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache nur eine Randbedeutung. Sie werden deswegen in dieser Arbeit nicht speziell untersucht.

141 G.Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 26. Anders M.Bolz, Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte, 1991, 119 ff zu einer Strukturierung der Schranken.

Diese Einteilung strukturiert bisher die Rechte des Kommunikators. Die Symmetrie der Kommunikationssituation verlangt, daß Sprache auch aus der Sicht des Rezipienten bewertet wird.

### III. Sprache als Kommunikationssituation: Die Perspektive des Rezipienten und Verbrauchers

Die vorherigen Abschnitte befaßten sich mit möglichen Meinungsinhalten und -motiven; im Vordergrund stand der Herr der Meinung, der Kommunikator. Dieser Abschnitt widmet sich der Konturierung der Perspektive des Rezipienten.

#### 1. *Schutz des Rezipienten und Verbrauchers vor, bei und durch kommerzieller Sprache (Werbung)* a) *Rezipient und Verbraucher*

Kommerzielle Sprache verfügt über das Charakteristikum, daß überzeugende Sprache unmittelbar zu Handlungen des Rezipienten in seiner Sphäre führen kann: und wenn es nur der Verbrauch des beworbenen Produkts ist. Wenn man das Werberecht, das ein Werbebeschränkungsrecht ist, strukturieren will, dann ergeben sich mehrere Kategorien: Soweit es um den Schutz *vor und bei Sprache* geht, geht es um den Schutz des *Rezipienten*. Er soll vor belästigender Werbung geschützt werden und er soll durch mehrdeutige Sprache nicht getäuscht werden. Hier wird auf den Begriff „Beworbener“ und nicht auf die sprachlich geläufigeren Begriffe der „Rezipienten“ oder „Umworbenen“ hingewiesen, weil es Aufgabe des Rechts sein kann, den Beworbenen vor einem „rezipieren müssen“ zu schützen. Was Werbung von jeder anderen Form von Kommunikation unterscheidet, ist der Umstand, daß sie quasi „auf dem Rücken anderer Meinungen reitet“, und daß auch Menschen, die diese Kommunikation nicht nachgefragt haben, mit ihr konfrontiert werden.<sup>142</sup> So ist weder eine Tageszeitung, noch eine Filmvorführung noch der Fernsehfilm zwischen 18 und 20 Uhr ohne Werbung erfahrbar; auch das „Zappen“ ist Ausdruck der Handlungslast, die denjenigen trifft, der sich der Werbung entziehen will. Bestimmte Sinneswahrnehmungen ohne Werbung machen zu können, verlangt Information, Organisation und/oder Investition. Das Rezipienteninteresse ist damit eine besondere Ausformung des Verbraucherinteresses. Soweit es um den Schutz *durch Sprache* geht, ist der rezipierende „*Verbraucher*“ betroffen. Er soll seine Vermögensdispositionen optimieren und vor Gefahren bei der Verwendung des Produktes gewarnt werden. Der herkömmliche Sprachgebrauch lautet „Verbraucherschutz“; der Rezipientenschutz ist ein Teil dieses Verbraucherschutzes.<sup>143</sup>

---

142 E.Heller, *Wie Werbung wirkt: Theorien und Tatsachen*, 1993, S.232,f.

143 Es sind dabei mehrere Relationen der Begriffe Verbraucher/Rezipient denkbar: Es gibt *Verbraucher-Rezipienten* eines Produktes und seiner Werbung, also jemanden der sich für

b) *Schutz des Verbrauchers vor, bei und durch Sprache*

Diese Arbeit befaßt sich mit Sprache; nur soweit „Verbraucherschutz“ **vor, bei und durch kommerzielle Sprache (insbesondere Werbung)**“ erfolgt, gehört dieser Rezipienten- und Verbraucherschutz zum Untersuchungsgegenstand.<sup>144</sup> Sachverhalte, die kommerzielle Sprache (Werbung) und Verbraucherschutz nicht kausal miteinander verknüpfen, bleiben außer Betracht.<sup>145</sup> So etwa der Schutz von Verbrauchern vor fehlerhaften Produkten<sup>146</sup> durch das Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG), der Schutz von Vertragsparität im Rahmen des Gesetzes über die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) oder des Abzahlungsgesetzes (AbzG), wie auch der Schutz von Integritätsinteressen durch das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 823 BGB) oder Materien wie das Gerätesicherheitsgesetz (GSG), die den Verbraucher beim Kauf und der Verwendung von Produkten schützen.<sup>147</sup>

**Verbraucherschutz** als zusammengesetztes Substantiv macht bereits deutlich, daß zum einen der Begriff des „Verbrauchers“ festgelegt werden muß und zum anderen der Umfang des Schutzes dieses Verbrauchers. Der Verbraucherschutz hat grundsätzlich die Passivität<sup>148</sup>, der (grundrechtliche) Schutz des Werbenden die

---

das beworbene *Produkt - Ware oder Dienstleistung* - und seine Werbung interessiert, es erwirbt und sich beim Erwerb oder der Verwendung geschädigt fühlt; es gibt den **Verbraucher**, der das Produkt erwirbt, ohne vorher durch Werbung motiviert worden zu sein und es gibt den **„Rezipienten“** (A.Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963, S. 267 spricht von „Umworbenen“), also demjenigen, der an dem Produkt und der Werbung für dieses Produkt vielleicht kein Interesse hat, der Werbung aber dennoch ausgesetzt ist. Die Unterscheidung des Verbrauchers vom Rezipienten ist auch in einer grammatischen Betrachtung berechtigt, weil der Rezipient die Werbung, der er ausgesetzt ist, *nicht immer verbraucht* (Unterschied zwischen Handzetteln und Plakatwänden).

- 144 Für einen Überblick über verbraucherpolitische Ziele und Instrumentarien sei auf eine in der Literatur erstellte Skizze verwiesen. F.W.Mähling, Werbung, Wettbewerb und Verbraucherpolitik, 1983, S. 41.
- 145 R.Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, 1994, S.176-182 unterscheidet in der Vertragsanbahnungsphase zwischen "Werbephase" und "Phase der ersten Kontaktaufnahme zwischen Verbraucher und Anbieter". Beim Gespräch mit Propagandisten in Supermärkten treffen beide Situationen aufeinander ("Verkaufsförderung"). Das gleiche gilt bei der Gestaltung von Verpackungstexten, bei denen die Auseinandersetzung sowohl in der Werbephase als auch bei der ersten Kontaktaufnahme erfolgen kann. Wegen der Unschärfe dieser zeitlichen Grenzbereiche wurde diese Unterteilung in die Übersichten nicht mit aufgenommen.
- 146 M.Rehbinder, Rechtliche Probleme des Verbraucherschutzes in der Bundesrepublik Deutschland, S.39, in: Z.Kitagawa/M.Rehbinder, Gegenwartsprobleme des Verbraucherschutzes, 1978, S.39, erwähnt fünf Bereiche: den Schutz vor unlauteren AGB, den Schutz vor defekten und gefährlichen Produkten, den Schutz vor unlauterer Werbung, den Schutz vor überhöhten Preisen und die Durchsetzung von Ansprüchen einzelner Verbraucher.
- 147 Diese Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes hat - wie alle Kategorisierungen - aber auch Schnittmengen zum sonstigen Verbraucherschutz. So kann der Hinweis auf der Verpackung eines Produktes - hier im Rahmen von Werbung behandelt - Abgabeverbote oder -beschränkungen ersetzen (und deren ultima ratio Charakter bekräftigen). Beispiel hierfür ist das Chemikaliengesetz, das zum Aufdruck von Warnhinweisen (Totenkopf) auf der Verpackung verpflichtet und **wegen dieser Kenntlichmachung** (vgl. § 15 a ChemG und dazu A.Theuer, Neuere Entwicklungen im Chemikalienrecht, NVWZ 1995, 127, 133) auch die Abgabe an Laien ermöglicht. Diese Grenzbereiche stellen aber die Berechtigung einer Trennung von sprachlichem und sonstigem Verbraucherschutz nicht grundsätzlich in Frage.
- 148 Wobei der Verbraucher, der ein Produkt (unsachgemäß) verwendet, aktiv ist.

Aktivität zum Gegenstand. Der Werbende ist durch die Werbung, die er betreibt, identifizierbar - und die von ihm betriebene Werbung ist Paradigma für die Interessen, deren Schutz er verlangt. Beim Verbraucher muß demgegenüber zuerst ermittelt werden, wer als Verbraucher geschützt werden soll, welche seiner Interessen betroffen sind, und ob er tatsächlich einen Anspruch und/oder ein subjektiv-öffentliches Recht auf Schutz hat.

## 2. *Wer ist Verbraucher?*

### a) *Normspezifische Bedeutung der Verbraucherdefinition*

Einen expliziten, verfassungsrechtlichen Schutz des Verbrauchers gibt es nicht. Auf verfassungsrechtlicher Ebene werden deshalb die Rechtssphären, die betroffen sein könne, zu extrapolieren sein. Auf der einfachgesetzlichen Ebene bietet sich das Spiegelbild zur Definition von Werbung: Ähnlich wie bei der „Werbung“ wird der Begriff des „Verbrauchers“ in einer Reihe von Gesetzen vorausgesetzt und dort - vgl. die Übersicht S 6 - für den jeweiligen Anwendungsbereich eines Gesetzes spezifiziert. Ein Beispiel ist das Verbraucherkreditrecht (§ 1 Abs.1 VerbrKrG), wo nur der Kreditkunde geschützt wird, der den Kredit *nicht* „für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit“

benötigt. Eine andere Einschränkung wählt das Wettbewerbsrecht (§ 6a Abs.1 1.Alt. UWG), wenn auf den „letzten Verbraucher“<sup>149</sup> abgestellt wird (ähnlich auch § 6 Abs.1 LMBG). Eine *einheitliche* Verbraucherdefinition gibt es genausowenig wie eine einheitliche Werbungsdefinition. Eine Parallele zu dem *im Titel* dieser Arbeit zugrunde gelegten „weiten Werbungs begriff“ wäre ein „weiter Verbraucher begriff“, der *diejenigen Personen umfaßt, die mit Werbung konfrontiert werden oder würden*. Durch den Konjunktiv wird auch der Beworbene, der nicht Rezipient wird, einbezogen.<sup>150</sup>

### b) *„Jedermann-Problem“*

Nicht nur für diesen Verbraucherbegriff stellt sich das Problem der fehlenden Begriffsgrenzen und damit einer Grundvoraussetzung der Begriffsbildung. Beim Verbraucherbegriff wird argumentiert, daß grundsätzlich *jedermann* Verbraucher ist, weil jeder darauf angewiesen ist

„seinen täglichen lebenserhaltenden und den das Leben wert machenden Konsumbedarf zu decken“<sup>151</sup>.

---

149 Dieser ausdrücklichen Bezugnahme auf den "letzten" Verbraucher steht die Zuerkennung von Aktivlegitimation an Verbraucherverbände, "zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen" (§ 13 Abs.2 Nr.3 UWG) entgegen.

150 Die Beifügung des Konjunktivs ist notwendig, weil es ein Verbraucheranliegen sein mag, *nicht* mit Werbung konfrontiert zu werden - vielleicht ein Recht auf Stille?

151 E.Ullmann, Der Verbraucher - ein Hermaphrodit, GRUR 1991, 789.

Diese Zuordnung von Anbieter und Nachfrager zu *einer* Kategorie „Verbraucher“ wird in systematisierenden Darstellungen wegen der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit von Anbietern und Nachfragern vermieden und der Verbraucherbegriff auf „Letztabnehmer“ oder „Endverbraucher“ beschränkt.<sup>152</sup>

Auch von der Werbung ist grundsätzlich *jedermann* betroffen und der Werbende, der vor dem Fernseher die Werbekampagne für sein Produkt sieht, ist Kommunikator und Rezipient in einer Person. Eine vertikale Markt Betrachtung mit der definitorischen Beschränkung auf den Endverbraucher wäre nicht sachgerecht, weil auch die Zwischenstufen des Handels mit Werbung konfrontiert werden. Die Existenz rechtlich geschützter Verbraucher- und Rezipienteninteressen auf Produktions- oder Verteilungsebenen kann deshalb nicht a priori definitorisch *ausgeschlossen* werden. Auch die Rechtsprechung hat beim Ausmaß des Schutzes bisher unterschiedliche Maßstäbe angelegt, je nachdem, ob Werbung gegenüber einem Privatmann oder im geschäftlichen Verkehr erfolgt.<sup>153</sup>

### 3. Konkretisierung der betroffenen Verbraucher- und Rezipienteninteressen

Nachdem durch das *personale* Kriterium des Verbrauchers<sup>154</sup> eine weitere Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes nicht möglich ist, stellt sich die Frage nach einer *sachlichen* Konturierung durch Erfassung der durch die Werbung berührten Interessen.<sup>155</sup> Der Verbraucher-Rezipient kann durch kommerzielle

---

152 R.Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, 1994, S.25-29.

153 Es gibt aber auch Werbeformen, die wegen überwiegender Interessen der Rezipienten überhaupt nicht zulässig sind. So die "auto-Fax-werbung", bei der wie bei direct-mail Aktionen ein Faxapparat selbständig Faxe verschickt (siehe für die USA der Telephone Consumer Protection Act 4.Kapitel).

154 Dabei wird nicht verkannt, daß der Verzicht auf einen Typus "Verbraucher" letztendlich die nicht endenwollende Frage nach der Gerechtigkeit stellt; so auch D.Medicus, Wer ist ein Verbraucher? in: H.G.Leser/T.Isomura, Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitagawa, 1992, S.471, 486; A.Kappus, Verbraucherschutz am Nadelöhr? NJW 1997, 2653 f schildert den Kauf einer DM 250 000,- Yacht eines Bauunternehmers für die Privatsphäre ; dazu siehe den Vorlagebeschluß des BGH v. 29.2.1996 NJW 1997, 2685 zu Art. 13 Abs. 1 EuGVÜ.

155 Ähnlich wie im folgenden, aber auf das Äquivalenzinteresse beschränkt die Definition von T. Schneider, Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 1974, S. 764, 767 "Im Bereich der Rechtswissenschaft sind danach unter Verbraucherschutz alle Akte zu verstehen, die schwerpunktmäßig unerwünschte Benachteiligungen bestimmter Personen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Waren oder der Inanspruchnahme von Leistungen zu vermeiden streben". Demgegenüber schlägt H. F. Burmann, WRP 1973, S. 313, 317 eine Analogie zum Wettbewerbsverhältnis im Sinne von § 1 UWG vor: So soll das "Werbeverhältnis" von der Rechtsposition des Werbungstreibenden, des Verbrauchers im Marktgeschehen und den Rechtsbeziehungen zwischen Werbungstreibenden und Verbrauchern geprägt werden. Hier werden Formen der politischen Werbung, die unter dem Gesichtspunkt des Schutzes vor Werbung zu überprüfen sein werden, begrifflich ausgeklammert. Deshalb wird diese Begriffsverengung hier abgelehnt. Ähnlich zu einem ursprünglich zweigliedrigen Verbraucherschutzbegriff - personen und rollenbezogen (Z.B. keine ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit; § 1 Abs.1 VerbrKrG) und situationsbezogen (Kreditvertrag, Kreditvermittlungsvertrag) - der aber vor allem bei Wucher (§ 138 Abs.2 BGB) eher situationsbedingt und im Mietrecht (§ 535 ff BGB) eher als rollenbezogen aufzulösen ist,

Sprache, insbesondere die Werbung, in unterschiedlichen Sphären betroffen sein. Die Feststellung, welche Interessen betroffen sind, ist Voraussetzung für die Ermittlung der betroffenen (Grund-)Rechte. Die folgende Untergliederung in „Integritäts-“, „Äquivalenz“- und „Rezipienteninteresse“ sollen auf verfassungs- und einfachgesetzlicher Ebene einen Struktur vorgeben.<sup>156</sup>

a) *Berührungen der Integritätssphäre (Art. 2 Abs. 2 GG)*

Hier handelt es sich um Fälle, in denen Rechtsgüter, die einem konkreten Verbraucher zugeordnet werden können, durch Werbung gefährdet oder verletzt werden. Ein Beispiel ist die Tabak- und Zigarettenwerbung, bei der nicht auszuschließen ist, daß durch Werbung der Konsum eines Einzelnen erhöht wird und er und die Passivraucher infolge des werbungsmotivierten Konsums Gesundheitsbeschädigungen erleiden. Schwerpunkt ist hier zum einen die Frage der *Schutzpflichten für die Passivraucher*<sup>157</sup>, die zu einem Werbeverbot zwingen könnten und zum anderen die aus dem Strafrecht<sup>158</sup> und der Vertragsparitätsrechtsprechung<sup>159</sup> bekannte Frage des „*Grundrechtsschutzes gegen sich selbst*“, weil der Grundrechtsträger die Gesundheitsbeeinträchtigung selbst herbeiführt und dies werbungsmotiviert tut - was insbesondere bei Jugendlichen eine Rolle spielen könnte.

b) *Berührungen der Äquivalenzsphäre (Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG)*

Hier will der Verbraucher einen möglichst hohen Gegenwert für seine Leistung erhalten. Die verfassungsrechtliche Forderung nach einer minimalen Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ist *für das Vertragsrecht* bisher in der Handelsvertreter- und in den Bürgschaftsentscheidungen des BVerfG ausgesprochen worden.<sup>160</sup> Das BVerfG hat sich hier unter Berufung auf das Sozialstaatsprinzip dafür entschieden, *faktische Ungleichgewichtslagen, die Ausdruck struktureller Imparität sind, bei schwerwiegenden Folgen (Existenzvernichtung) verfassungsrechtlich* (entscheidungs-determinant) über die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB *zu korrigieren*. Die Einschlägigkeit dieser Entscheidungen für den Schutz der Äquivalenzsphäre, soweit sie *durch Werbung* gefährdet wird<sup>161</sup>, wird zu prüfen sein.

---

D.Medicus, Wer ist ein Verbraucher? in: H.G.Leser/T.Isomura, Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitagawa, 1992, S.471, 481,f.

156 Im Rahmen dieses Abschnitts zur Terminologie der Arbeit geht es vorläufig nur um die Vorstellung der Begriffe; die weitere Prüfung findet in den Detailkapiteln statt.

157 Abgelehnt von BAG Urt.v.8.5.1996 NJW 1996, 3028 f "Rauchverbot in Passagierflugzeugen" und VG Wiesbaden Beschl.v.23.6.1997 NJW 1997, 3042 (Vorläufiger Rechtsschutz) "Rauchverbot im Gericht",

158 F.Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, 1993, zur Vorstaatlichkeit des Rechts auf Selbstgefährdung S. 115- 143.

159 R.Singer, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133 f m.w.N.

160 BVerfGE 81, 244, 255 und BVerfG Beschl.v.19.10. 1993 NJW 1994, 36 f.

161 BVerwGE 88, 9, 12 erlaubt als Allgemeinwohlbelang, der eine Einschränkung der Berufsfreiheit rechtfertigt, den Schutz von Beworbenen vor dem "psychischen Druck der Werber".

c) *Berührungen der Rezipientensphäre (Art. 5, 12 GG)*

Unter diesem Oberbegriff werden zwei Interessensphären zusammengefaßt:

aa) Negative Rezipientenfreiheit

Rezipient ist derjenige, der mit der Grundrechtsausübung eines anderen unmittelbar konfrontiert wird.<sup>162</sup> Bei der negativen Rezipientenfreiheit handelt es sich um eine Fallgruppe, die *teilweise* bereits in der (wettbewerbsrechtlichen) Rechtsprechung unter dem Oberbegriff „belästigende Werbung“<sup>163</sup> erfaßt wird. Beispiele sind die unverlangte Brief- und Telefaxwerbung bei Privatleuten; hier wird untersucht werden, inwieweit diese einfachgesetzlichen Interessenabwägungen im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG beziehungsweise von § 823 Abs. 1 BGB auf Grundrechte (entscheidungsrelevant) zurückgeführt werden können. Charakteristisch für diese, bisher in der Rechtsprechung bereits entschiedene Fallgruppe ist, daß der Rezipient einer Werbung *überhaupt nicht* ausgesetzt werden will.

Eine zweite, von der Rechtsprechung noch nicht als „belästigende Werbung“ bezeichnete Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß der Rezipient *dieser Werbung* nicht ausgesetzt werden will. Jenseits der von der Rechtsprechung entschiedenen Fallgestaltungen geht es dann darum, den Schutz der negativen Rezipientenfreiheit grundrechtlich überzeugend zu verankern. Beispiele für eine Fallgruppe, bei der Menschen Werbung ausgesetzt sind, ohne daß die Verletzungsschwelle des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 1 GG) oder gar der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) erreicht sind<sup>164</sup>, sind die Fälle II a (HIV-Positiv), II b („Tote Herzen“) und III („Schlüpferstürmer“). Es wird hier zu überprüfen sein, ob nicht als Gegenpart eines Meinungsfreiheitlichen Schutzes für die Werbung auch der Meinungsfreiheitliche Schutz einer negativen Rezipientenfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG) zu fordern ist.

---

Mittel ist hier eine Regelung des bayerischen Sammlungsrechts, die eine Erlaubnispflicht für Sammlungen anordnet. So auch OVG Nordrhein-Westfalen Beschl.v.15.8.1997 DÖV 1998, 163 f, für eine Anwendbarkeit des Sammlungsgesetzes auf "Telefon-Marketing-Aktionen".

162 Es kann, aber er muß nicht gleichzeitig der Umworbene sein. So wenn mit einem Medium-Werbung in deutschsprachiger Zeitschrift im deutsch-französischen Grenzgebiet für ein deutsches Buch - Adressaten, die erreicht werden sollen, nicht erreicht werden (Streuverluste) und (statt dessen) andere Rezipienten, die nicht als Adressaten vorgesehen waren, erreicht werden.

163 Baumbach/Hefermehl, UWG, 19. Aufl. vor § 1.

164 Anderer Ansicht der BGH für Fall II a und III. Nach hier vertretener Ansicht ist allein die Tatsache menschenwürdeverletzender Werbung, so man dem BGH in Fall II a, III zustimmt, noch keine Verletzung der Menschenwürde des Rezipienten. Anders vielleicht R. Stober, Verfassungsrechtliche Konturen eines Verbraucherrechts, in: Festschrift für Rudolf Luchse zum 65. Geburtstag, 1987, S. 591, 598, der von einer "Verbraucherwürde" spricht.

bb) Positive Rezipientenfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Alt., Art. 12 GG)

Unter dem Begriff „positiver Rezipientenfreiheit“ werden die positiven Interessen des (zukünftigen) Rezipienten an einem bestimmten Kommunikationsinhalt zusammengefaßt. Das Recht des Verbrauchers auf Information hat Auswirkungen auf die Integritäts- und Äquivalenzsphäre<sup>165</sup> und wird auch in diesem Zusammenhang näher erörtert.

#### 4. *Dogmatische Alternativen für den Schutz der Integritäts-, Äquivalenz und Rezipientensphäre in § 1 UWG*

Der BGH legt die Methode seiner Rechtskonkretisierung offen:

„Soweit der Richter bei der Anwendung des Begriffs der guten Sitten auf das *Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden* abstellt, verwendet er dieses *symbolhaft* als Ausdruck *einer rechtlichen Wertung*, die *er* unter

- Berücksichtigung vorhandener Sozialnormen aufgrund der Rechtsordnung,
- insbesondere der Wertprinzipien der Verfassung,
- unter Abwägung der schutzwürdigen Interessen und Güter der Verkehrsbeteiligten vorzunehmen hat.“<sup>166</sup>

Die Bedeutung des verfassungsrechtlichen Schutzes der drei Sphären für die Rechtskonkretisierung ist in der Intensität unterschiedlich. Grundsätzlich können drei Intensitätsgrade unterschieden werden:

##### a) *Determinanz des Verfassungsrechts*

Das Verfassungsrecht kann eine solche Determinationskraft für die Konkretisierung, Auslegung und Anwendung von „einfachem“ Recht haben, daß nur *eine* Entscheidung rechtmäßig ist. Dieser Fall wird *hier* als „Determinanz“ des Verfassungsrechts bezeichnet.<sup>167</sup>

##### b) *Grundrechte und Staatsziele als Wertprinzipien*

Grundrechte und Staatszielbestimmungen können die Emanation von Wertprinzipien sein, die in den Konkretisierungs- und Abwägungsprozeß von § 1 UWG einfließen. Wenn diese Wertprinzipien durch Konkordierung<sup>168</sup> die Hürden der Art. 5 Abs. 2 und oder Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG bewältigen, sind grundrechtliche Wertprinzipien *mitentscheidend* für das Konkretisierungsergebnis.

---

165 S.Strassner, Verbraucherinformationsrecht, 1992, S. 11 ff mit der Übersicht der einfachgesetzlichen Grundlagen.

166 BGH Urt.v.6.7.1995 NJW 1995, 2492 f.

167 Es handelt sich um seltene Fälle; siehe etwa die Räumung eines 99 Jahre alten Mieters bei Suizidgefahr, nachdem er 38 Jahre in der Wohnung gelebt hatte und die auf Eigenbedarf klagenden Kläger eine 160 m<sup>2</sup> große Wohnung hatten (BVerfG Kammerbeschl. v. 8.9.1997 NJW 1998, 295 f.

168 Zur praktischen Konkordanz K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1995, Rn. 317 ff.

*c) Grundrechtliche Schutzbereiche als berücksichtigungsfähige Interessen*

Die Rechtskonkretisierung des BGH beruht (auch) auf einer Interessenabwägung. Der grundrechtliche Schutz von Interessen (auch wenn deren effektiver Garantiebereich bei einer Werbeeinschränkung nicht gemindert wird) kann einen Anhaltspunkt für die Bewertung, Relativierung und Abwägung von Interessen geben.

*d) Wesentliches Ergebnis*

Vom BGH ist zu fordern, daß er offenlegt, welche Determinationskraft er dem Verfassungsrecht bei seiner Konkretisierungsleistung im Einzelfall beimißt. Diese Offenlegung muß von ihm gefordert werden, damit seine Entscheidung juristisch-dogmatisch nachvollziehbar ist. Diese Nachvollziehbarkeit ist das unstrittige Minimalerfordernis für die rechtsstaatlich und grundrechtlich akzeptable Konkretisierung einer Generalklausel. Die Erkenntnis, daß diese Erkenntnis dem BGH noch fehlt und daß deshalb die Fehlerhaftigkeit der Methode jedenfalls in einigen Fällen zur Fehlerhaftigkeit des Ergebnisses geführt hat, soll im Laufe dieser Untersuchung belegt werden.