

SCHUTZ KOMMERZIELLER SPRACHE – INSBESONDERE DER WERBUNG – IN ART. 10 DER EUROPÄISCHEN MENSCHENRECHTSKONVENTION (EMRK)

I. Bedeutung der EMRK und Gang der Untersuchung

Die Untersuchung des Schutzes von kommerzieller Sprache – insbesondere der Werbung – in der EMRK¹ ist aus deutscher, verfassungsrechtlicher Perspektive aus mehreren Gründen von Interesse:

1. EMRK als Grundlage von Gemeinschaftsgrundrechten

Eine Quelle des *gemeinschaftsrechtlichen* Grundrechtsschutzes ist die EMRK.² Die EMRK bietet so – unabhängig von der *gegenwärtigen Rechtsprechung* des EuGH, die eine besondere, meinungsfreiheitliche Bedeutung der Werbung nicht erkennt (siehe im 6. Kapitel³) – *Perspektiven* (Vgl. Art. F Abs. 2 EUV) für die zukünftige Entwicklung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes.⁴

Der EuGH und der „Europäische Gerichtshof für Menschenrechte“ (EGMR) nähern sich *in einer historischen Betrachtung* aus entgegengesetzten Richtungen dem Schutz der Werbung (und auf diese sollen sich die Ausführungen konzentrieren). Für den EuGH lag der meinungsfreiheitliche Schutz von Werbung fern, weil die Funktion der Meinungsfreiheit – die politische und demokratische Struktur *eines* Staates zu stützen⁵ – in einer vormals europäischen *Wirtschaftsgemeinschaft* eher auf der mitgliedstaatlichen Ebene wahrgenommen wird.⁶ Für den EGMR

1 Es handelt sich um eine Konvention des Europarates, die aber in Zukunft auch Vertragsstaaten offenstehen soll, die nicht Mitglied des Europarates sind.

2 Siehe zu den übrigen Grundlagen der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsätze im 6. Kapitel II.

3 Die Argumentationstris von Europäischem Gemeinschaftsrecht - Konventionsrecht - Grundgesetz verwenden etwa M. Dausies, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425, 429 f; Th. Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435, 437 f.

4 Weder die EU noch die EG sind der EMRK beigetreten; zur Notwendigkeit einer Vertragsänderung für den Beitritt (EuGH Rs. 2/94 Gutachten nach Art. 228 Abs. 6 EGV v. 28.3.1996 Slg. 1996, I-1759. Tz. 33 ff)

5 EGMR Urt. v. 26.4.1979 Times Newspaper Ltd./Vereinigtes Königreich EuGRZ 1979, 386, 390 § 65 und EGMR Urt. v. 7.12.1976 Handyside EuGRZ 1979, 38, 42 § 49 bezeichnen die "Meinungsfreiheit" als "Grundpfeiler" einer demokratischen Gesellschaft.

6 Paradigmatisch belegt in der Entscheidung zu irischen Pressebeschränkungen hinsichtlich der Information über Abtreibungspraxen in Großbritannien (siehe im 6. Kapitel III 1), in der der EuGH eine Kompetenz der Gemeinschaft als Garant von Menschenrechten in Europa

schien mit seiner Aufgabe als Hüter der Menschenrechte der Konvention in den Vertragsstaaten die Entscheidung über Wirtschaftsrecht, im speziellen über das Ausmaß von Partizipationsrechten am Wettbewerb via Werbung, noch ferner zu liegen. Diese unterschiedlichen *Ausgangspositionen* spiegelten sich in den Schutzbereichen beider Rechtsordnungen wieder: die EMRK schützte zunächst eine nicht-kommerzielle Meinungsfreiheit in Art. 10 EMRK⁷ und verfügte – nach einer grammatischen Auslegung⁸ – über keinen expliziten Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit. In Artikel 1 des (1) Zusatzprotokolls ist – einer grammatischen Auslegung zufolge – „lediglich“ die Eigentumsfreiheit geschützt⁹. Der EuGH begann mit dem Schutz des Eigentums und der „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“¹⁰ und erstreckte erst in jüngeren Entscheidungen¹¹ sein Grundrechtsschutzsystem auf die Meinungsfreiheit.

ablehnt: EuGH, Urt.v.4.10.1991, Rs.C-159/90 Society for the Protection of Unborn Children (SPUC)/St.Grogan u.a., Slg. 1991, I-4733 Tz.31. Der EGMR Urt.v.19.12.1992 Open Door and Dublin Well Woman/Ireland NJW 1993, 773 Tz.55 (deutsche Übersetzung) bejaht eine Verletzung von Art. 10 EMRK. Kritisch J.Weiler/N.Lockhart, "Taking rights seriously" seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, CMLR 32(1995), 51 und CMLR 32 (1995), 579; zur Grundrechtsrechtsprechung des EuGH J.H.H.Weiler, Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection, S. 555, 583 ff, in: A.Cassese/A.Clapham/J.Weiler(Hrsg), Human Rights and the European Community: Methods of Protection, 1991 und allgemein A.Clapham, Human Rights and the European Community: A Critical Overview, 1991, S. 100 f. Unbestritten ist, daß die Europäische Gemeinschaft allenfalls auf dem Weg ist, ein Staat zu werden; strittig ist, welche rechtliche Konsequenzen aus der Annahme eines solchen status nascendi zu ziehen wären. Dazu ...

- 7 Der EGMR läßt noch in der Rechtssache Barthold (Urt.v.25.3.1985 Series A: Judgement and Decisions, (1985) Vol. 90 § 42) ausdrücklich offen, ob Reklame als solche in den Anwendungsbereich von Art. 10 EMRK fällt. Siehe nunmehr Urt.v.24.2.1994 Casado Coca/Spain Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A § 36.
- 8 Für die Auslegung der EMRK gilt grundsätzlich das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969 Sart. II Nr. 320 Art. 31 ff.
- 9 Der EGMR Urt.v.26.6.1986 Van Marle u.a./Niederlande Series A: Judgements and Decisions (1986) Vol. 101 S.13 § 42 = EuGRZ 1988, 35, 38 § 42 (EKMR § 122 f) hat bei der Vorenthaltung des Titels "Wirtschaftsprüfer" einen Eingriff in die "Eigentumsfreiheit" ohne weitere Problematisierung bejaht, weil der Umfang der beruflichen Tätigkeit, der Wert des Unternehmens wie auch der Klientel gemindert werde. Siehe dazu die abweichenden Voten der Richter V.Evans und Gersing, die darauf abstellen, daß es um sich um *eine Einschränkung der beruflichen Tätigkeit*, nicht aber des Eigentums handelt (a.a.O. S. 21 = EuGRZ 1988, 41). Die Auferlegung von Geldleistungspflichten fällt unter Art. 1 des Zusatzprotokolls (siehe EGMR Urt.v.21.2.1997 Van Raalte/Niederlande Series A: Judgements and Decisions Vol.29 (1997) § 45 wie auch den Entzug einer Anwartschaft durch staatliche Ausübung eines Vorkaufsrechts (EGMR Urt.v.22.9.1994 L.Hentrich/Frankreich Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol.296, § 35 = EuGRZ 1996, 593).
- 10 EuGH Urt.v.15.12.1979 Rs. 44/79 L.Hauer/Land Rheinland-Pfalz, Slg. 1979 3727, 3750 Tz.32.
- 11 Vergleiche noch die Entscheidung EuGH Urt.v.11.7.1985 Rs. 60, 61 /84 Cinéthèque SA u.a./Fédération nationale des cinémas français Slg. 1985, 2605, 2627 Tz. 26; EuGH Urt.v.18.7.1991 Rs.C 260/89 Eliniki Radiophonia Tileorassi AE/Dimotiki Etairia Pliroforisis u. Sotirios Kouvelas Slg. 1991, I-2925, 2964 Tz.43

2. *Entscheidungsdeterminanz der EMRK für die Konkretisierung von § 1 UWG*

Ein meinungsfreiheitlicher Schutz kommerzieller Sprache (insbesondere der Werbung) durch die EMRK könnte die *Ergebnisrelevanz* der Diskussion um den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung im Grundgesetz schwächen. Die *grundsätzlichen* Zuordnung von Werbung zu Art. 12 GG – wie sie diese Untersuchung vornimmt – würde in der Entscheidungspraxis an Bedeutung verlieren, wenn dennoch meinungsfreiheitliche Aspekte bei jeder Form der Werbung *im Rahmen der Generalklausel* (§ 1 UWG)

- vorrangig (EMRK mit Verfassungsrang) oder
- in Form einer einfachgesetzlichen Konkordierung mit wettbewerbsrechtlichen Argumenten (Interessenabwägung, leistungsgerechter Wettbewerb gegen wahrheitsgemäße Beiträge zur öffentlichen Meinung) (*EMRK als Bundesgesetz*)

zu berücksichtigen wären.

Mit seiner „Casado Coca“- Entscheidung über die Werbung eines spanischen Anwalts hat der EGMR 1994 erstmals (nicht an mediale Werbeträger gebundene) Werbung meinungsfreiheitlich geschützt, weil sie

„Informationen anbietet, die von Nutzen sind und den Zugang zur Rechtspflege (oder Gerechtigkeit? „justice“¹²) erleichtern.“¹³

Ein weiteres Verfahren, das ein Verbot jeglicher ärztlicher Werbung¹⁴ in Massenmedien (Presse; siehe Fall VI) in England zum Gegenstand hatte, wurde durch einen Vergleich beendet – nachdem die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR¹⁵) eine werbliche Meinungsfreiheit bejaht hatte.^{16 17} Mit der *Er-*

12 In der französischen Fassung: "à faciliter leur accès à la justice." Siehe auch die Anmerkung von M.A.Halperin, RTDH 1994, 73 ff.

13 EGMR Ur.t.v.24.2.1994 Casado Coca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A § 36.

14 Siehe vorher die Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (VfGH Wien, Erkenntnis v. 30.09.1993, EuGRZ 1994, 573 f) wo ein umfassendes Werbeverbot für Ärzte (§ 25 Ärztegesetz 1984; BGBl Nr. 373/ 1984) Gegenstand war. Der Sachverhalt scheint (Nach brieflicher Auskunft des Prozeßbevollmächtigten des Klägers, der der Verf. vorliegt, handelt es sich um ein Interview mit Foto eines Arztes, der sich mit dem Einfluß von Umweltgiften auf den menschlichen Körper und deren Feststellung - insbesondere mit der Haaranalyse beschäftigt.) eine Abwandlung des Falles "Barthold" zu sein - es ging um die ärztliche Prüfungs- und Verhinderungspflicht eines Presseartikels, der eine reklamehafte Herausstellung der Person oder Behandlungsweise eines Arztes beinhaltete und den der Arzt durch seine Bereitschaft zur Mitarbeit mit der Presse ermöglicht hatte. Der VfGH bejahte die Einschlägigkeit von Art. 10 Abs.1 EMRK und konnte wegen des pauschalen Verbotes "jeder Art der Werbung" in dem standesrechtlichen Werbeverbot eine Rechtfertigung nach Art. 10 Abs.2 EMRK nicht finden.

15 Die Abkürzung "EKMR" wird hier als Abkürzung für die "authentischen Namen", die die Entscheidungssammlungen nennen (European Commission of Human Rights und Commission Européenne des Droits de L'Homme) verwandt.

16 EuGH Entsch. v. 28.6.1993 Colman/Vereinigtes Königreich, Series A, (1993) Vol.258-D § 16; im Ergebnis hat die Kommission eine Verletzung von Art. 10 EMRK abgelehnt (§ 41).

17 Bevor der EGMR sich mit einem Fall befassen darf, mußte die EKMR in einem Bericht die Verletzung der Konvention feststellen (Art. 31, 47 EMRK). In Zukunft entfällt diese Hürde vor dem EGMR: Durch Protokoll Nr. 11 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte

öffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs für Werbung verschieben sich die Gewichte der Diskussion auch in der EMRK. Von besonderem Interesse ist jetzt der Umfang des „effektiven Garantiebereichs“ werblicher Meinungsfreiheit, also der ganzheitlichen Betrachtung von *Schutzbereich und Schranken*. Da die – vom Grundgesetz bekannte – Systematik von individueller (Meinungs-)Äußerung und medialer Garantie auf die EMRK übertragen wird, stellt sich die aus den Diskussionen zum Grundgesetz bekannte Frage nach dem Schutz *einer einheitlichen Kommunikationsfreiheit* in Art. 10 Abs.1 EMRK wie in Art. 5 Abs.1 GG. Der Schutz von Werbung könnte danach unterschiedlich beurteilt werden, je nachdem ob sie im Kontext medialer Freiheit (Werbung via mediis) oder „pur“ erfolgt. Ähnliche Differenzierungen wurden – vor der oben zitierten EGMR-Entscheidung – von Ansichten¹⁸, die einen konventionsrechtlichen, meinungsfreiheitlichen¹⁹ Schutz von Werbung bejahten, getroffen.

3. Gang der Darstellung

Sie konzentriert sich im folgenden darauf, zunächst die EMRK in ihren Unterschieden zum nationalen Verfassungsrecht darzustellen und so das Argumentationsfeld, das von der Literatur bei der EMRK bearbeitet wird, abzustecken. Die These, die hier belegt werden soll, ist, daß der meinungsfreiheitliche Garantiebereich für Werbung in der EMRK *gegenwärtig zumindest im Ergebnis nicht weitreichender ist als der* effektive Garantiebereich, den Art. 12 GG für Werbung eröffnet. An diese Darstellung des Ist-Zustandes schließt sich – auch in Hinblick auf mögliche, *künftige* Kollisionsszenarien – eine Erörterung des Einflusses der EMRK auf deutsches (Werbe-)Recht an.

und Grundfreiheiten (Vertragsgesetz vom 24.07.1995 BGBl II 578) . wird die EMRK dahingehend abgeändert, daß Individualbeschwerden (Art. 34 EMRK) zukünftig unmittelbar beim EGMR eingelegt werden können. Die Änderungen der EGMR treten in Kraft, nachdem sämtliche Vertragsstaaten der EMRK dieser Änderung zugestimmt haben. J. Meyer-Ladewig, Ein neuer, ständiger Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, NJW 1995 2813 und A. Drzemczewski/J. Meyer-Ladewig, Grundzüge des neuen EMRK-Kontrollmechanismus nach dem am 11.05.1994 unterzeichneten Reformprotokoll (Nr. 11), EuGRZ 1994, 317f. Das Protokoll tritt am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von einem Jahr nach dem Tag folgt, an dem alle Vertragsparteien der Konvention ihre Zustimmung erklärt haben (Artikel 4, Protokoll Nr. 11). Die Errichtung des "neuen EGMR" erfolgt zum 1.10.1998; die EKMR wird noch ein Jahr lang anhängige Fälle abarbeiten.

- 18 So wurde aus der Bejahung des meinungsfreiheitlichen Schutzes der Äußerungen des Brancheninformationsdienstes "markt-intern" - eines Presseorgans - durch den EGMR auch von Befürwortern eines meinungsfreiheitlichen Werbungsschutzes nicht ohne weiteres auf den Schutz von Werbung "pur" in Art. 10 I EMRK geschlossen: G. Schrickler, UWG-Großkommentar, Einl.F 407f, 412; A. Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit 1993, S. 55.
- 19 Hier wird am deutschen Begriff der Meinungsfreiheit festgehalten, obwohl im angelsächsischen Sprachgebrauch von "Freedom of Expression" ausgegangen wird und damit eine Sophistikation zu "Freedom of Speech" deutlich gemacht wird.

II. Kommerzielle Sprache als „Meinung“ im Sinne von Art.10 Abs. 1 EMRK

Art. 10 Abs. 1 EMRK lautet:

Jedermann hat Anspruch auf freie *Meinungsäußerung*. Dieses Recht schließt die *Freiheit der Meinung* und die *Freiheit zum Empfang* und zur Mitteilung von *Nachrichten oder Ideen* ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein. Dieser Artikel schließt nicht aus, daß die Staaten Rundfunk-, Lichtspiel- oder Fernsehunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen.²⁰

1. Grammatische Auslegung: Meinungs-, Äußerungs- und Informationsfreiheit

a) Meinungs- und/oder Äußerungsfreiheit

Bei der grammatischen Auslegung scheinen sich für das Grundgesetz und die EMRK ähnliche Auslegungsprobleme zu stellen: beide Normen sprechen von „Meinung“ beziehungsweise „freier Meinungsäußerung“.²¹ Grundsätzlich ist die EMRK in englischer und französischer Sprache authentisch;²² bei der deutschen Formulierung handelt es sich nur um eine Übersetzung. Im deutschen Text sind die *Meinungsfreiheit und die Meinungsäußerungsfreiheit*²³ enthalten; im fran-

20 Die englische und französische Fassung lauten: Everyone has the freedom of expression. This shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

Toute personne a droit a la liberte' d'expression. Ce droit comprend la liberte' d'opinion et la liberte' de recevoir ou de communiquer des informations ou des ide'e sans qu'il puisse y avoir ingerence d'autorites publiques et sans consideration de frontiere. Le present article n'empeche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinema ou de television a un regime d'autorisations.

21 Da das grammatische Argument - für die Frage des Schutzes von Werbung - nicht aussagekräftig ist, kommt es auf die unterschiedliche Bewertung von Wortlautargumenten im Verfassungs- und Völkervertragsrecht nicht an. Durch die Fassung von Vertragstexten in mehreren Sprachen (Art. 33 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.05.1969, BGBl 1985 II 926) bestimmen teleologische und systematische Argumente den Schwerpunkt der Auslegung (Art. 31) des Völkervertragsrechts.

22 Zusatz nach Art.66 EMRK; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, Art.66 Rn.2.

23 Entgegen der Reihenfolge in der EMRK soll nach Literaturmeinungen die "Meinungsfreiheit" Oberbegriff für die Meinungsäußerungsfreiheit und die Informationsfreiheiten sein: P. Kurdim/C. Ragaz, Die Meinungsäußerungsfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1979, 53; G. H. Gornig, Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte, S. 289 unter Hinweis auf Heinz Guradze, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Berlin, 1968, Art.10 Anm.3. Die der Meinungsäußerungsfreiheit vorgelagerte Meinungsfreiheit soll nach einer Meinung (G. H. Gornig, 1988, S.290) *nur* in Art.9 EMRK, der Glaubensfreiheit, geschützt sein. (Art.9 Abs.1: Jedermann hat Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit). Es handelt sich wohl nur um eine terminologische Frage, weil Einschränkungen der Meinungsfreiheit als "innerer Freiheit" nie im Interesse einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind; so selbst H. G. Gornig, S.290 Fn.109 und P. Kurdim/C. Ragaz, Die Meinungsäußerungsfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1979, S. 54. Unangemessen erscheint es grundsätzlich, das forum internum ausschließlich einem mit "Glauben" und "Religion" assoziiertem Recht - Art. 9 EMRK - zuordnen zu wollen. Der Wortlaut der authentischen Fassungen, die von einer generellen "Ausdrucksfreiheit" ausgehen, die den Schutz des forum internum im Rahmen von Art. 10 EMRK *voraussetzt*, ist systematisch überzeugender.

zösischen und englischen Text (freedom of expression und liberté d'expression) wird eine „*Äußerungsfreiheit*“ gewährleistet. Der Wortlaut „Äußerungsfreiheit“²⁴ deutet einen größere Offenheit gegenüber jeder Form der Äußerung an, als die Begrenzung des Schutzbereichs auf die „Meinung in Wort, Schrift und Bild“ in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.²⁵ Die Signifikanz der Wortwahl „freedom of expression“ wird durch einen Vergleich mit dem us-amerikanischen First Amendment deutlich, das – einschränkender – „freedom of speech“ gewährleistet. Diese im Vergleich zu Art. 5 Abs. 1 GG weite Fassung des Art. 10 Abs. EMRK trug dazu bei, daß in der Literatur Art.10 EMRK von vornherein einer weiterer Schutzbereich als meinungsfreiheitlichen Gewährleistungen zugewiesen wurde: Art. 10 EMRK umfasse die Äußerung von Sinngehalten schlechthin, also auch alle Arten von künstlerischen Darbietungen²⁶, Unterhaltungsbeiträgen und kommerziell werblichen Aussagen.²⁷ Diese inzwischen vom EGMR auch bejahte Weite des Schutzbereichs von Art. 10 EMRK stehen Forderungen nach einer *Differenzierung* – ohne daß die Differenzierungskriterien für kommerzielle und nicht-kommerzielle Sprache konkret genannt werden – und ihr folgend *einer Verengung des effektiven Garantiebereichs der Werbung* im Vergleich zu anderen Ausdrucksformen gegenüber.²⁸

b) Informationsfreiheit

Art. 10 Abs. 1 EMRK schützt die Freiheit des „*Empfangs von Mitteilungen oder Ideen*“, also die „Informationsfreiheit“.²⁹

aa) Informationsfreiheitlicher Schutz von Werbung und das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK

Die Informationsfreiheit und das damit *unterstellte* Informationsinteresse der Rezipienten ist seit „Casado Coca“³⁰ die Grundlage des äußerungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung. Die Verankerung des Schutzes der Werbung *in der Informationsfreiheit* hat aus EMRK-Perspektive den Vorteil, daß die Problematik

24 EKMR Entsch.v. 1.3.1979 X./Vereinigtes Königreich Decision and Reports 16, S.101, für die Anti-Abtreibungs-Werbung eines Lehrers in einer nicht konfessionellen Schule mit Plaketen und "Stickern".

25 Auch wenn zum Teil nach Literatur und Rechtsprechung (R.Herzog, in: Maunz-Dürig, Art.5 Rn.73) der Meinungsträger für die Eröffnung des Schutzbereichs nach Art. 5 Abs.1 GG nur für das Konkurrenzverhältnis zu anderen Grundrechtsbestimmungen relevant sein soll, lassen sich in der wörtlichen Struktur des GG im Vergleich zur EMRK restriktivere Ausgangspositionen erkennen.

26 Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 10 Rn.5, 1996 m.w.N. Dafür, daß Art. 10 Abs. 1 EMRK auch die Kunstfreiheit umfaßt EGMR Urt.v.24.5.1988 Müller u.a./Schweiz Series A: Judgements and Decisions Vol. 133 (1988) S. 19, 35 § 27 = EUGRZ 1988, 543.

27 So G. H. Gornig, 1988, S.290; K. Preslmayr, Vergleichende Werbung und Äußerungsfreiheit gem. Art.10 EMRK, EuGRZ 1985, 221 f.

28 Zuerst A.Lester/D.Pannick, Advertising and Freedom of Expression in Europe, 1984, S.31 ff.

29 Frowein//Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, Art. 10 Rn11 ff.

30 EGMR Urt.v.24.2.1994 Casado Coca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A § 36.

des speziellen Diskriminierungsverbots des Art. 14 EMRK entschärft wird. Art. 14 EMRK lautet:

„Der Genuß der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen *oder sonstigen Anschauungen*, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, *im Vermögen*, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet ist.“

Würde die Werbefreiheit als Meinungsfreiheit geschützt sein, dann könnte das Verbreitungspotential, das die Werbung sich im Unterschied zu ideeller „Sprache“ erkaufen kann,³¹ in Einzelfällen zu einer Prüfung der Diskriminierung der ideellen Sprache führen. Das Diskriminierungsargument ist vom EGMR bisher nur in entgegengesetzter Weise verwandt worden. Der EGMR hat angedeutet, daß wegen Art. 14 EMRK³² die subjektive Komponente, die Gewinnerzielungsabsicht des „Äußernden“, kein zulässiges Kriterium für die Negation der Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 10 EMRK sei – und zwar sowohl bei der *medialen* als auch bei der *kommerziellen Sprache*.³³ Wenn man das Diskriminierungsargument in Hinblick auf die Verbreitung von Sprache für anwendbar erklärt, dann muß es in beiden Richtungen verwandt werden können. Durch den Rekurs auf die Informationsfreiheit umgeht der EGMR diese Problematik: Kriterium ist der *Nutzen* der Information und nicht die *Quelle der Information*.³⁴

bb) Informationsinteresse bei der Sponsoringwerbung der Fälle IV und V

Bei *Sponsoringwerbung* (Sozial und Umweltsponsoring der Fälle IV und V) wird abzuwarten bleiben, inwieweit der EGMR die „Nützlichkeit der Information“ bejahen wird. Es handelt sich um Angaben, die nicht unmittelbar das Produkt, sondern das persönliche Engagement des Unternehmens betreffen. Hervorzuheben ist, daß die EGMR-Interpretation der EMRK eine ausdrücklich „*zeitorientierte*“ ist, die die Konvention in den Worten des EGMR zum „living instrument“ macht.³⁵

31 Siehe auf einer ganz anderen Ebene die Äußerung dreier "Autonomer" in einem Interview mit dem Berliner Innensenator Schönbohm, Der Spiegel Nr.21, 1998, S. 42, die die fehlende Chancengleichheit von Werbetreibenden und Sprayern im öffentlichen Straßenraum bemängeln.

32 Der EGMR hat nicht weiter differenziert; einschlägig könnte die Differenzierung nach dem "Vermögen" ("property",) "*la fortune*"- im Gegensatz zu Art. 1 des 1.Zusatzprotokolls "*les biens*") sein.

33 EGMR Urt.v. 22.5.1990 Autronic AG/Schweiz Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1990) § 47- Satellitenfernsehempfang - und EGMR Urt.v.24.2.1994 Casado Co-ca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A § 35: " a difference in treatment in this sphere might fall foul of Article 14".

34 Diese Rechtsprechung findet sich im Ergebnis auch im Quellenschutz eines Journalisten, der einen in höchstem Maße wirtschaftlich schädigenden Bericht über die finanziellen Schwierigkeiten eines Computerherstellers verfaßt hatte EGMR Urt.v.27.3.1996 Goodwin/Vereinigtes Königreich Series A: Judgements and Decisions, 1996 Vol. , 502 § 46 und die beeindruckende dissenting opinion des Richters Walsh, a.a.O., 510.

35 EGMR Urt.v.25.4.1978 Tyrer EuGRZ 1979, 162, 164 § 31 zur Prügelstrafe auf der Isle of Man; siehe aber auch den Anwaltswerbungsfall EGMR Urt.v.24.2.1994 Casado Co-

Angesichts einer fortschreitenden Liberalisierung des Werberechts ist es nicht ausgeschlossen, daß die EMRK sich hier neuen Informationsinteressen öffnet.

2. *Systematische Auslegung: Binnensystematik von Art. 10 Abs. 1 EMRK*

Dieser Abschnitt befaßt sich mit der Behandlung von (medialer) „Sprache“, mit kommerziellen Inhalten. Ähnlich wie die Terminologie im Kapitel über das US-amerikanische Verfassungsrecht („commercial speech“) handelt es sich um Sachverhalte, die unmittelbar³⁶ kommerzielle Auswirkungen haben. Sie werden von den Konventionsorganen teils als „commercial speech“³⁷ und überwiegend als „information of commercial nature“ bezeichnet.³⁸ Die Systematisierungen der folgenden Abschnitte erfolgen, um eine Vergleichsgrundlage mit der Rechtsprechung, die in den Kapiteln zum deutschen, amerikanischen Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht geschildert wird, zu schaffen.

a) *Garantien für die mediale Sprache*

Der Wortlaut von Art. 5 Abs.1 GG konstituiert eine Trias, bestehend aus Meinungsäußerungsfreiheit – Informationsfreiheit – und Freiheiten für bestimmte Medien.³⁹ Diese Trias ist Art. 10 Abs.1 EMRK nicht in vergleichbarer Weise zu entnehmen. Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK scheint allenfalls *Einschränkungen* von „Rundfunk, Lichtspiel und Fernsehen“ zu gestatten. *Ohne unmittelbaren* grammatischen Anhaltspunkt werden Art.10 EMRK – wie dem Grundgesetz, das beinahe zur selben Zeit entstanden ist – deutliche Anhaltspunkte für eine *positive* Gewährung der Presse-, Fernseh-, Rundfunk- und Filmfreiheit entnommen.⁴⁰ Dieser gesonderte Schutz der „medialen Sprache“ – insbesondere der Presse – wird *systematisch*⁴¹ aus der allgemeinen „Äußerungsfreiheit, der Meinungsfreiheit und der Informationsfreiheit“ gewonnen.

ca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A § 56 "material time". Eingehender Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Einführung Rn. 7 ff. Anderer Auffassung jetzt BVerwG NVwZ 1997, 1384 und zustimmend Th.Buß, Grenzen der dynamischen Vertragsauslegung im Rahmen der EMRK, DÖV 1998, 323, 329.

36 Das Gewinnerzielungsinteresse bei der medialen Sprache bleibt unberücksichtigt; siehe im 6.Kapitel II 2.

37 EKMR Entsch.v.5.5.1979 X und Church of Scientology/Schweden, Decisions and Reports, Vol.16, 68, 73.

38 EGMR Urt.v.24.2.1994 Casado Coca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A § 35 spricht von "information of a commercial nature" und "informations à caractere commercial".

39 Zu der Frage, inwieweit die neuen Medien ähnliche Rechte wie die explizit erwähnten Medien genießen, siehe auch im 7.Kapitel.

40 J.A. Frowein, Art.10 EMRK in der Praxis von Kommission und Gerichtshof, AfP 1986, 197, 199; G. H. Gornig, 1986, S. 293 ff.

41 Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, Art. 10 Rn. 15 erklärt die fehlende Hervorhebung der Pressefreiheit mit einer Parallele zum UN-Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte.

- b) *Eröffnung des Schutzbereichs medialer Garantien für „Programme“, mit werblichen Inhalten wie auch unter Beifügung von Werbung (Werbung via mediis)*

Die Beifügung von Werbung führt – wie bei Art. 5 GG – nicht dazu, daß die Eröffnung des *medialen* Schutzbereichs abgelehnt wird. So wurde für ein „hauptsächlich aus leichter Musik und *Werbespots*“⁴² bestehendes Rundfunkprogramm der Schutzbereich eröffnet genauso wie für den Empfang und die Verbreitung von Satellitenfernsehen, das Werbung beinhaltet.⁴³ Schon in einer sehr frühen Entscheidung hatte der EGMR ohne weitere Prüfung angenommen, daß die *negative werbliche Wirkung*, die vom medialen Programm ausgehen kann, für die Eröffnung des Schutzbereichs irrelevant ist.⁴⁴ Der EGMR sah keinen Anlaß, bei der *Eröffnung des Schutzbereichs* den Inhalt von medialen Programmen zu bewerten oder inhaltlich zu differenzieren. Der Grund für diese einsichtige Rechtsprechung ist das „*Vermischungsargument*“⁴⁵; die im Programm enthaltene oder ihm beigefügte Werbung könnte eine „Zensur“ ermöglichen, die sich (wettbewerbsrechtlich) kostümiert.⁴⁶ Art. 10 EMRK ist ein „Jedermann-Recht“⁴⁸; der Altruismus des Äußernden wird nicht vorausgesetzt.

-
- 42 Siehe auch zur Verbreitung von Veranstaltungshinweisen (Werbung im Programm) EGMR Entsch.v.9.6.1997 Telesystem Tirol Kabeltelevision/Österreich ("homepage"), der mit einem Vergleich endete.
- 43 EGMR Urt. v. 26.03.1990 Groppera Radio AG u.a./Schweiz Series A. Vol 173 (1990),... § 55 = in deutscher Übersetzung EuGRZ 1990, 255 f) hat hier allein unter Hinweis auf die Erwähnung von "Rundfunk" in Art.10 Abs.1 S.3 EMRK die Eröffnung des Schutzbereichs für Rundfunkprogramme irrespektive ihres Inhalts bejaht. So auch zum Satellitenfernsehen EGMR Urt.v. 22.5.1990 Autronic AG/Schweiz Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1990) § 47 = EuGRZ 1990, 261, 291.
- 44 EGMR Urt.v.26.4.1977 Times Newspaper Ltd./Vereinigtes Königreich (1977) Vol.30, S. 40 ff = EuGRZ 1979, 386, 390 zum Bericht über die Folgen der Einnahme von Contergan von Schwangeren.
- 45 Siehe im 4.Kapitel II 6..
- 46 So auch die dissenting opinion des Richters Pettiti zu EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) S. 26 letzter Absatz.
- 47 Ein weiterer Aspekt - der von der EGMR-Rechtsprechung noch nicht behandelt wurde - ist die Bedeutung von Werbung als Finanzierungsquelle (und möglicherweise Existenzvoraussetzung) für ein Medium, das in Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützt ist. Der Unterschied zum "*Vermischungsargument*" besteht darin, daß nicht die Verweigerung der Öffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs wegen des werblichen Anteils im Mittelpunkt der Erörterung steht, sondern der Anspruch auf Beibehaltung vielleicht sogar Erweiterung der Werbemöglichkeiten als Bestandteil der Meinungsfreiheit. Auswirkungen könnte diese Argumentationsschiene bei Beschränkungen des Anteils von Werbung am Programm haben, wie beispielsweise der täglichen Beschränkung der Gesamtwerbezeit im Fernsehen. Der letztere Aspekt könnte bei der EMRK weniger berücksichtigungsfähig sein als beim Grundgesetz, weil wirtschaftliche Aquisitionsinteressen in der EMRK selbst nicht geschützt sind (G.H.Gornig, 1988, S.293 will Presseunternehmen in ihren wirtschaftlichen Interessen nicht nach Art. 10 EMRK schützen und erlaubt deshalb Maßnahmen gegen die Pressekonzentration).
- 48 EGMR Urt.v. 22.5.1990 Autronic AG/Schweiz Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1990) § 47.

c) *Von der Eröffnung des Schutzbereichs trotz kommerzieller Inhalte und Auswirkungen der „Äußerung“ bis zum äußerungsfreiheitlichen Schutz der Werbung*

Es handelt sich – wie in der Rechtsprechung des US-Supreme Court – um einen Prozeß der Erstreckung der Meinungsfreiheit auf die Werbung, der dem BVerfG vielleicht bevorsteht. Die Sachverhalte, die dem EGMR vorlagen, *bevor* er in „Casado Coco“ Werbung äußerungsfreiheitlich geschützt hat, haben durchaus Parallelen mit Fällen, die das BVerfG bereits – und ähnlich – entschieden hat.

aa) Fremdwerbung durch die Presse bei personalem Werbeverbot: „Barthold“

Der erste vom EGMR entschiedene Fall *zur ideellen Sprache mit positiven kommerziellen Auswirkungen* – der Fall „Barthold“ – betrifft ein Interview, das ein Hamburger Tierarzt einer Zeitung gegeben hatte und in dem er zur Notwendigkeit eines tierärztlichen Nachtdienstes Stellung nahm. Darüberhinaus hat er seine Bereitschaft erklärt, nachts auf Anruf tätig zu werden. Die werbende Wirkung dieses Interviews wurde von einer berufsständischen Vereinigung aufgrund einer personalen Werberegulierung, die „Anscheinswerbung“ untersagte, beanstandet. Der EGMR qualifizierte das Interview als eine *Mischung aus Meinungsäußerung und Tatsachenmitteilung*, die Gegenstand eines allgemeinen Interesses seien. Der werbende Effekt ändere an *diesem* Charakter der Meinungsäußerung grundsätzlich nichts, zumal der Artikel von einer Journalistin verfaßt und nicht eine Reklameschrift sei.

In der hier zugrundgelegten Systematik handelt es sich um ein „*Fremddarstellungsszenario*“^{49 50} unter aktiver Beteiligung des „Werbenden“. Die Entscheidung stimmt inzwischen mit einer gefestigten Auffassung des BVerfG überein, die es Angehörigen der freien Berufe erlaubt, Interviews an die Presse zu geben, um auf (alternative) Behandlungsmethoden – hier ging es um das „Ob“ einer nächtlichen Betreuung – aufmerksam zu machen.⁵¹

49 3.Kapitel I 2 c).

50 EGMR Urt.v.25.3.1985 Series A: Judgement and Decisions, (1985) Vol. 90 § 42.

51 Das BVerfG hatte die Urteils-Verfassungsbeschwerde im Fall Barthold nicht zur Entscheidung angenommen. Das BVerfG Beschl.v.11.2.1992 NJW 1992, 2341 hatte anlässlich der offensichtlichen Begründetheit der Verfassungsbeschwerde eines Arztes, der sich gegen eine standesrechtliche Maßnahme wegen des werbenden Charakters eines Interviews und der Mitwirkung an einem Pressebericht wandte, nicht *gänzlich* ausgeschlossen, daß die Mitwirkung an medialer Berichterstattung standeswidrig sein könne. Auf diese - im BVerfG Verfahren nicht entscheidungsrelevante Möglichkeit - stützt sich allerdings die Entscheidung eines wiederum hamburgischen Tierarztes, der über ein Endoskopieverfahren interviewt und bei der Operation gezeigt wurde. Das OLG Hamburg Urt.v.6.10.1994 AfP 1995, 511, hat hier eine Pflicht des Tierarztes bejaht, auf einem Kontroll- und Änderungs- oder Zurückzugsrecht (zusammengefaßt.Mitwirkungsrecht) des Berichts vor Veröffentlichung zu bejahen. Zu der ständigen Diskrepanz der BVerfG-Rechtsprechung und der Standes- und Wettbewerbsgerichte M.Eickhoff, *Berufsrecht contra Verfassungsrecht - ein Perpetuum mobile* NJW 1998, 798 ff.

bb) Interessentenpresse als Unterfall der Informations- und nicht der Pressefreiheit: „Markt-intern“

Der zweite Fall ist explizit als „information of commercial nature“ bezeichneten Bereich betrifft ein Szenario, bei dem die Grenzen zwischen *Fremd- und Selbstdarstellung, zwischen medialer und kommerzieller Sprache*, verschwimmen.

Ein Verlag namens „markt-intern“ hatte in einem Informationsdienst für den Drogerie- und Parfümerie-Fachhandel mehrmals über die Nichtbeachtung von Kundenbeschwerden durch einen Branchen-Außenseiter – das Versandhaus „Club X“ – kritisch berichtet. „Markt-intern“ begnügte sich aber nicht mit der Berichterstattung sondern richtet die Frage an die Leser, inwieweit sie ähnliche negative Erfahrungen mit dem „Club X“ gemacht hatten⁵².

Unter *Berufung auf die Informationsfreiheit* hat der EGMR den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK eröffnet⁵³ – und gerade nicht unter Bezugnahme auf die Pressefreiheit.⁵⁴ Es handelte sich um eine konsequente Fortführung der EGMR-Rechtsprechung, weil es an dem für „mediale Garantien“ typischen „Gegenseitigkeitsverhältnis“ – der Relation von Medium und Informationsübermittlung im „öffentlichen“ (Allgemein-)interesse – fehlte:

„Wenn die Massenmedien auch nicht die Grenzen überschreiten dürfen, die im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtspflege gezogen sind, so obliegt es ihnen doch, Nachrichten und Ideen über *Angelegenheiten*, die Gegenstand gerichtlicher Erörterung sind, ebenso zu verbreiten wie solche in anderen Bereichen *des öffentlichen Interesses*. *Die Medien haben die Aufgabe, solche Informationen und Ideen zu verbreiten und die Öffentlichkeit hat das Recht sie zu empfangen*“.⁵⁵

Der Fall „markt-intern“ zeichnet sich durch eine „Vermischung“ von „abwertender, bezugnehmender Werbung“ und „Programm“ aus, die vermutlich bis in die Tiefen der (Programm-)Struktur und Inhaberschaft des „Presseorgans“ reichte:

(1) Es handelt sich organisatorisch um sogenannte Interessentenpresse⁵⁶, für die charakteristisch ist, daß die Presseerzeugnisse nicht direkt am Zeitungskiosk gekauft werden können, sondern die ihren Weg zum Leser durch Bestellung von Abonnements oder als Zugabe zu einer Mitgliedschaft in einem Verband finden. Ohne die konkreten Besitzverhältnisse zu kennen, darf auch aufgrund

52 Bericht über die Entwicklung der einschlägigen Verfahren bis zur Entscheidung des EGMR bei Ch. Krüger, Der Fall "Club X", Zum Verhältnis von § 1 UWG und Art. 10 EMRK, GRUR 1989, 738, 740f.

53 EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) § 26.

54 Die Zuordnung dieser Entscheidung zur medialen Sprache oder zur kommerziellen Sprache ist umstritten: In der "markt-intern Entscheidung" (EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) § 26) bejahte der EGMR für die "Information kommerzieller Natur" die Eröffnung des Schutzbereichs. Die dissenting opinions der Richter Pettiti (S.26) und MacDonald (S. 28 f § 5) stellten auf eine Verletzung der Pressefreiheit ab.

55 EGMR Urt.v.26.4.1977 Times Newspaper Ltd./Vereinigtes Königreich (1977) Vol.30, § 65 = EuGRZ 1979, 386.

56 W. Müller, Deutsches Wettbewerbsrecht und die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte, WRP 1992, 20, 23 f.

des weiteren Verhaltens von „Markt-Intern“ auf eine ungewöhnliche Nähe zum konventionellen Fach-Handel geschlossen werden. So wurde zu einem Boykott der Reparatur von Billiguhren, die von einem Kafferöster vertrieben wurden, aufgefordert⁵⁷ wie auch zu einer Denkmäleraktion gegen Hersteller, die die Fachhandelspartnerschaft gravierend verletzten.⁵⁸

- (2) Die Bundesrepublik hatte vorgetragen, daß ein Informations“wert“ für die Öffentlichkeit nicht bestehe, weil es sich aufgrund der Beziehung vorrangig nur um ein branchenspezifisches Interesse handeln konnte. Der EGMR hat dieser Argumentation bei der Eröffnung des Schutzbereichs Rechnung getragen, indem er den Informationsdienst informations- und nicht pressefreiheitlich schützte.
- (3) Form und Inhalt der Berichterstattung waren für ein Presseorgan nicht „typisch“ – die Bitte um Leserinformationen hinsichtlich des Verhaltens eines Wettbewerbers war Bestandteil einer Kampagne gegen diesen „Club X“ und gingen damit über eine „bloße“ Meinungsäußerung hinaus⁵⁹

Vor den deutschen Gerichten war umstritten, ob es sich um die Äußerung eines unabhängigen Presseorgans handelt, bei dem regelmäßig die *Wettbewerbsabsicht* fehlt (§ 1 UWG; siehe im 3. Kapitel V 4, 5)), oder ob es sich um einen *besondere Variante der Pressefreiheit* – „Interessentenpresse“ – handle, für die der *kommerzielle Effekt* der Berichterstattung vorrangiges Motiv gegenüber dem Bestreben der Unterrichtung der Öffentlichkeit sei. Der BGH bejahte im Ergebnis den Vorrang des kommerziellen Sprachaspekts und damit wegen der Kritik an *einem* Wettbewerber,⁶⁰ die nach seiner eigenen Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig war, sowohl das Vorliegen einer *Wettbewerbsabsicht* als auch die *Sittenwidrigkeit* im Sinne von § 1 UWG. Maßgeblich für das Verdikt der Sittenwidrigkeit war die *Form* der Äußerung, nämlich der Aufruf an weitere unzufriedene Kunden, sich bei „markt-intern“ zu melden und der *Zeitpunkt* der Veröffentlichung, der eine Überprüfung der Kundenbeschwerden, über die berichtet wurde, nicht ermöglichte. *Auf die Wahrhaftigkeit der Berichterstattung – die nicht bestritten wurde – kam es nach der wettbewerbsrechtlichen Prüfung nicht an.*

Der EGMR hat *im Ergebnis* die Einschätzung der deutschen Gerichte respektiert. Er hat so die Differenzierung zwischen Presse, die sehr wohl wahrheitsgemäß und kritisch über Unternehmen berichten darf (siehe im 5. Kapitel II 2 c bb), und Interessentenpresse, die das nicht tun darf, als konventionsgemäß angesehen. *Die Entscheidung „markt-intern“ ist ein Beispiel dafür, daß die Subsumtion unter eine Fallgruppe bei der Eröffnung des Schutzbereichs fast zwingend die Frage des „effektiven Garantiebereichs“ beantwortet.* Hätte der EGMR sich entschlos-

57 BGH Urt.v. 02.02.1984 "Kundenboykott", GRUR 1984, 461.

58 BVerfG Beschl.v.15.11.1982 GRUR 1984, 357.

59 Zur BVerfG-Rechtsprechung zu Boykottaufrufen siehe im 7.Kapitel.

60 Zwar war markt-intern kein Wettbewerber von Club X; es kam ihm aber darauf an, die Interessen von Wettbewerbern von Club-X - Kosmetikunternehmen und Verkaufsstellen - wahrzunehmen (EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beer-mann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) §36).

sen, „markt-intern“ pressefreiheitlich zu schützen, hätten die ökonomischen Folgen der – wie zu unterstellen war – wahrheitsgemäßen Berichterstattung in den effektiven Garantiebereich des Art. 10 Abs. 2 EMRK fallen müssen. So lautet denn auch die abweichende Meinung mehrerer Richter, die diese Differenzierung zwischen „Presse“ und „Interessentenpresse“ wegen des übergeordneten Allgemeininteresses an Informationsfreiheit ablehnten.⁶¹

„Markt-intern“ – als Beispiel der „Interessentenpresse“ oder als Pressefall⁶² – konnte noch nicht als Beleg für einen äußerungsfreiheitlichen Schutz von klassischer, nicht medial-werbeträgergebundener Werbung zitiert werden. Er berechnete allenfalls zu der Feststellung, daß im Schnittpunkt von Pressefreiheit und herabsetzender Werbung⁶³ in der EGMR-Rechtsprechung die *Informationsfreiheit* einschlägig ist.

cc) Ideelle Sprache mit kommerziellen Auswirkungen: „Jacobowski“

Es handelt sich um ein *Selbstdarstellungsszenario*, das sich von der klassischen Werbung sehr unterscheidet:

Der Chefredakteur und Vorstand einer Nachrichtenagentur („ntp“) war fristlos gekündigt worden. Von der Kündigenden war eine Agenturmeldung verfaßt worden, die sich kritisch mit der Qualifikation und Tätigkeit des ehemaligen Chefredakteurs und Vorstandes auseinandersetzte. Nachdem der Abdruck einer Gegen Darstellung verweigert worden war, versandte der gekündigte Chefredakteur „Jacobowski“ an über 50 führende Personen im Medienbereich der Bundesrepublik Deutschland – unter anderem auch Kunden der Nachrichtenagentur – ein Schreiben, in dem er die Zeitungsberichte über seine Auseinandersetzung mit der Agentur beifügte und eine Kontaktaufnahme mit den Adressaten ankündigte. Wenig später eröffnete er eine eigene Public-Relations-Agentur.⁶⁴

Die Wettbewerbsgerichte bejahten eine *Wettbewerbsabsicht* (§ 1 UWG), weil es dem Chefredakteur darum gegangen sei, sich für seine weitere Tätigkeit Vorteile bei der Kundenwerbung zu verschaffen. Die Verteidigung gegenüber der Informationspolitik seines früheren Arbeitgebers sei demgegenüber *nachrangig*.

61 In der "markt-intern Entscheidung" (EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989)) stellten auf eine Verletzung der Pressefreiheit die dissenting opinions der Richter Pettiti (S.27) und MacDonald (§ 5) ab; so in der Würdigung auch W. Müller, WRP 1992, 20, 23.

62 Andere wettbewerbsrechtliche Verurteilungen von "markt-intern" wurden vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen; so bspw. GRUR 1984, 357, 359f, wo die Kammer die Kriterien der Wettbewerbsgerichte für die Bejahung der Wettbewerbsabsicht bei der (Interessenten)presse auch im Lichte der Meinungs- und Pressefreiheit als verfassungsgemäß qualifizierte.

63 Man kann den Sachverhalt auch als "Umgehung" des Verbots kritisierender vergleichender Werbung interpretieren, indem einige Wettbewerber "markt-intern" mit *ihrem* Branchendienst einen anderen Wettbewerber - "Club X" - in Form und Sache herabwürdigten. Die Beweislage ist indes schwierig.

64 Sachverhalt nach BVerfG Beschl.v.4.10.1988 Az. 1 BvR 1611/87 (siehe auch OLG Düsseldorf Urt.v.11.12.1986 Az. 2U 45/88 S. 22, wo das Gericht keinen Anlaß für eine auch zutreffende Kritik durch den Kläger sah). EGMR Urt.v. 23.06.1994 Jacobowski/Deutschland, NJW 1995, 857 und BVerfG Beschl.v. 04.10.1988, NJW 1992, 1153.

Diese Würdigung ist – so man den Wortlaut des Rundbriefs in Betracht zieht – weder zwingend⁶⁵ noch überzeugend. Festzuhalten bleibt für *die Eröffnung des Schutzbereichs*, daß Art. 10 EMRK auch Grenzfälle zwischen ideeller⁶⁶ und kommerzieller Sprache umfaßt.⁶⁷ Im Unterschied zum Fall „Barthold“ handelt es sich um ein Selbstdarstellungsszenario.⁶⁸

dd) Werbung: „Casado Coca“

Offen war für den Gerichtshof bis zu dieser Entscheidung zur anwaltlichen Werbung, ob Werbung „pur“ in den Schutzbereich fällt. Der EGMR hat das nunmehr (siehe obiges Zitat) unter Berufung auf die *Informations* – und nicht auf die Äußerungsfreiheit – bejaht. Die Bedeutung dieser Begründung des Schutzes ist in der Literatur zum Teil noch nicht erkannt worden. Vorläufig wird – jedenfalls nach der EGMR-Rechtsprechung⁶⁹ – *nur die Werbung geschützt, die Informationen bietet*. Die nur suggestive Werbung etwa der Tabakindustrie (Marlboro-Mann und Pferde, Camel Trophy) hat diesen Informationscharakter gerade nicht. Es kann sein, daß sich der EGMR – wie der US Supreme Court – entscheiden *wird*, den meinungsfreiheitlichen Schutz auf jede Form der Werbung zu erstrecken.⁷⁰ *Gegenwärtig* sind von „Casado Coca“ aber nur Werbungen wie Fall VI, etwa die ärztliche Werbung, erfaßt. Die Fälle I- II („Ölverschmutzte Ente“, „HIV-Positiv“, „Tote Herzen“) mit ihren suggestiven Appellen wären nicht durch Art. 10 EMRK geschützt – *sie bieten keine Information über Produkte, die Umweltsituation oder das Leben HIV-Infizierter, sondern Elemente der Motivation*.

d) Zusammenfassung

In einer systematischen Betrachtung gilt deshalb: Werbung im Kontext medialer Sprache und Werbung „pur“, die ein Informationsinteresse zu befriedigen vermag, sind von Art. 10 EMRK geschützt. Das ist nach hier vertretener Meinung konsequent: *der besondere Schutz der medialen Sprache begründet eine abstrakte,*

65 Der Rundbrief lautete wie folgt: "Die beigefügte - wenn auch zwangsläufig nicht vollständige - Auswahl von Berichten über die Sache Jacobowski/dtp kann sicher einiges aufhellen, das noch im dunkeln liegt, auch wenn Ihnen die eine oder andere Schilderung schon bekannt sein sollte. Dies gilt trotz manchmal unzutreffender "facts", die das Gesamtbild allerdings kaum verändern. Die noch laufenden Gerichtsverfahren, die von der gegenwärtigen dtp-Entwicklung betroffenen Mitarbeiter und ich einleiteten, werden aber auch in Details für endgültige Klarheit sorgen. Ich würde mich freuen, wenn sich schon bald die Gelegenheit für ein persönliches Gespräch bieten würde, um nicht nur die Vergangenheit, sondern auch die künftige Entwicklung am deutschen "Nachrichtenmarkt" zu erörtern. Um einen Termin dafür werde ich mich rechtzeitig bemühen." NJW 1995, 857.

66 Eine Berührung auch des Aspekts ideeller Sprache wird man wegen der Berührung auch persönlicher Belange und Fähigkeiten des Gekündigten annehmen können.

67 EGMR Urt.v. 23.06.1994 Jakobowski/Deutschland, NJW 1995, 857 § 25.

68 Auch wenn der Beschwerdeführer Artikel (Framddarstellungen) seinem Schreiben beifügte.

69 Th.Stein, Werbeverbote und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 777, 792 in: Gedächtnisschrift für E.Grabitz, 1995 bejaht - unter Bezugnahme auf Casado Coca (a.a.O Fn. 58) pauschal den Schutz von Tabakwerbung, ohne die Beschränkung auf informative Werbung zu erkennen..

70 Siehe 4.Kapitel II 6 c).

(für die Eröffnung des Schutzbereichs) unwiderlegbare Vermutung, daß Informationen im Allgemeininteresse verbreitet werden; bei der Werbung „pur“ bedarf es der Schlüssigkeit und Plausibilität, daß Informationsinteressen im konkreten Fall befriedigt werden können. Es bleibt deshalb abzuwarten, ob der EGMR den Schutzbereich für (bewußt) irreführende, unzutreffende oder suggestive Werbung eröffnen wird.

3. Systematische Auslegung: Systematischer Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der EMRK

a) Umkehrschluß aus Art. 16 EMRK – Schutz nur der politischen Sprache?

Der Beschränkungsvorbehalt (Art. 16 EMRK) erlaubt es, die Meinungsfreiheit von Ausländern weitergehend zu beschränken als die der Inländer⁷¹, soweit die Meinung und/oder Information Bestandteil der politischen Tätigkeit ist. Im Gegensatz zu Art. 5 GG⁷² erlaubt Art. 16 EMRK also eine meinungsfreiheitliche Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit des Äußernden. Daraus hätte man schließen können, daß Art. 10 EMRK sich nur auf solche Äußerungen erstreckt, die sonstige demokratische Partizipationsrechte – aktives und passives Wahlrecht – ergänzen oder zumindest deren potentielle Inhaberschaft voraussetzen. Die Bedeutung von Art. 10 EMRK als „Grundpfeiler der Demokratie“ hat der EGMR in seinen Entscheidungen betont.⁷³ In Fortführung dieses Arguments hätte man deshalb „klassische Werbung“ vom Schutzbereich von Art. 10 EMRK ausnehmen können, weil ihr diese politische Partizipationskomponente fehlt. *Dagegen* spricht, daß Art. 16 EMRK als Ausnahmevorschrift zu qualifizieren, ihr restriktiver Charakter beizumessen ist und deshalb weitgehende Rückschlüsse auf den Umfang der Äußerungsfreiheit nicht berechtigt sind.

b) Verhältnis zur Glaubensfreiheit (Art. 9 EMRK)

Ein schon älterer Fall – „X. und Scientology Kirche/Schweden“ – der nur der EKMR vorlag zeigt die Schnittstellen zwischen kommerzieller und religiöser (ideeller) Werbung. Diese Entscheidung schien ein Präzedenzfall für die Integration der klassischen Werbung in Art.10 EMRK.⁷⁴ Für diese Untersuchung bleibt er

71 Art. 16 EMRK: Keine der Bestimmungen der Art. 10, 11 und 14 darf so ausgelegt werden, daß sie den Hohen Vertragsschließenden Parteien verbietet, die politische Tätigkeit von Ausländern Beschränkungen zu unterwerfen.

72 Kurios deshalb der Versuch der Einschränkung der Meinungsfreiheit des Art. 5 GG für Ausländer von G.Erbel, Öffentliches Recht: Die ausländerpolizeiliche "Maulkorb"-Verfügung, JuS 1971, 34 f; dagegen K.P.Dolde, Nochmals: Die ausländerpolizeiliche "Maulkorb"-Verfügung, JuS 1971, 314 f.

73 EGMR Urt.v.26.4.1979 Times Newspaper Ltd./Vereinigtes Königreich EuGRZ 1979, 386, 390 § 65 und EGMR Urt.v.7.12.1976 Handyside EuGRZ 1979, 38, 42 § 49.

74 EKMR Entsch.v.5.5.1979 Decisions and Reports, Vol.16, 68 ff. Eine weitere Beschwerde von Scientology wurde aus verfahrensrechtlichen Gründen abgewiesen (EKMR Entsch.v.7.4.1997 Scientology/Deutschland EuGRZ 1997, 616. Zur Rechtsnatur von Scientology, die auch eine Berücksichtigung von Art. 4 GG erfordert BVerwG Beschl.v.

nach der Entscheidung „Casado Coca“ interessant, weil er Ausführungen zur Subsumtion von Werbung zu „ideeller“, „religiöser“⁷⁵ und „kommerzieller Sprache“ enthält.

Formal handelte es sich um eine klassische Werbung, und zwar eine Anzeige in einer periodisch erscheinenden „Zeitschrift“ der Scientology Kirche. *Inhaltlich* handelte es sich um einen besonderen Fall klassischer Werbung, weil ein Instrument für die scientologische Bekenntnisausübung beworben wird. Die Aussagen, das Hubbard-Elektrometer sei ein „elektronisches Instrument“, um den geistigen Zustand eines Individuums und Änderungen dieses Zustandes festzustellen und die Anpreisung, ohne E-Meter gebe es keinen Weg, um „clear“ zu werden, bewertete ein schwedisches Gericht als irreführend.⁷⁶

Die EKMR stand vor der Frage der Einordnung dieser „klassischen Werbung“. Handelte es sich um eine Ausübung der Religion (Art.9 Abs.1 EMRK) oder der Meinungsäußerungsfreiheit (Art.10 Abs.1 EMRK)? Die Einschlägigkeit der Religionsfreiheit wird abgelehnt, weil

„Äußerungen eines vorgeblich religiösen Glaubens, die als Verkaufsargumente in Anzeigen rein kommerzieller Natur von einer religiösen Gruppe geäußert werden, nicht erfaßt seien“⁷⁷.

Diese Begründung kann nur mit der Kritik „*Form vor Inhalt*“ belegt werden, weil die behauptete Vorgeblichkeit nicht weiter geprüft oder bewiesen wird. Hier besteht real die Befürchtung einer staatlichen Beurteilung der Religionsausübung und darüber täuscht auch das weitere formale Argument der EKMR nicht hinweg: Sie unterscheidet zwischen Anzeigen, die nur informierend oder beschreibend sind und kommerziellen Anzeigen, die Objekte zum Kauf anbieten. Sobald eine Anzeige die kommerzielle Sphäre berühre – auch wenn es um religiöse Gegenstände geht, die zentral für die Bekenntnisausübung seien – seien diese Anzeigen *überwiegend* und vorrangig Ausdruck von Profitzielen – und nicht religiöser Bekenntnis.⁷⁸ Auch die Werbung für den Verkauf von Rosenkränzen könnte – vollkommen sachfremd – mit dieser, der kommerziellen Äußerungsfreiheit entlehnten Irreführungsratio untersagt werden. Der Fall ist damit alles andere als typisch für die rein kommerzielle, klassische Werbung. Er stützt sich im wesentlichen auf das „Vermischungsargument“. Nach hier vertretener Ansicht ist die Entscheidung angreifbar, weil das Ausmaß einer religiösen „Vorgeblichkeit“ kommerzieller Sprache nur im Zusammenhang mit der Überprüfung des weltanschaulichen Hintergrundes (der entsprechenden Gemeinschaft) – also im Kontext von Art.9 EMRK – ermittelt, überprüft und bejaht werden kann. Der Kommissionsentscheidung ist allerdings zuzugestehen, daß sie pragmatisch ist, weil sie die Frage der

16.2.1995 DVBl 1995 804 und OVG Hamburg Beschl.v. 24.8.1994 NVwZ 1995, 498 (im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO).

75 Zum Begriff siehe im 2.Kapitel II 2 e).

76 EKMR Decisions and Reports, Vol.16, 68f, 71.

77 EKMR Decisions and Reports, Vol.16, 68f, 72.

78 Eigene Übersetzung der Kommissionsargumente.

Qualifikation der Scientology-Kirche als „Kirche“ im Sinne von Art.9 EMRK als nicht entscheidungserheblich betrachtet⁷⁹. So vermied die EKMR auch die Frage, inwieweit die finanzielle Fundierung religiöser Weltanschauungsgemeinschaften von der Religionsfreiheit umfaßt ist. Denkbar wäre weiter, daß bei größerer Verbreitung dieses „E-Meters“ economies of scale eine Verbilligung dieses „E-Meters“ ermöglichen und damit eine Zurverfügungstellung an mehr „Gläubige“ erreicht werden könnte. Nach hier vertretener Ansicht sind diese Fragen primär, aber jedenfalls immer auch unter Berücksichtigung des Schutzbereichs von Art. 9 EMRK zu prüfen.

c) *Konkurrenzlage vergleichbar mit Art. 5 und 12 GG: Deutschen- und Jeder-Rechte?*

Ein Argument, das gegen einen meinungsfreiheitlichen Schutz von kommerzieller Sprache in Art. 5 GG spricht, ist das (oft ungelöste) Konkurrenzverhältnis von Art. 12 GG zu Art. 5 GG.⁸⁰ Ein vergleichbares Szenario, nämlich die Diskrepanz des „Jeder“-Rechts der „Meinungsfreiheit“ (Art. 5 GG) zum „Deutschen-Recht“ der „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ (Art. 12 GG) ist in der ERMK indes *nicht* festzustellen.

d) *Schutz der „wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit“ in der EMRK*

In der „Casado Coca“-Entscheidung des EGMR wird Werbung geschützt, ohne daß der EGMR dazu Stellung nimmt, ob und inwieweit das *beworbene Tun* selbst geschützt ist. Der Schutz der „wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit“ hat *nach* dieser Entscheidung Bedeutung für den Schutz der „*suggestiven Werbung*“⁸¹, also der Werbung, die neben der Nennung des Produkts oder des Herstellers keinen informativen Gehalt hat.

aa) Werbung und der Schutz des Eigentums (Art.1 des (1.) Zusatzprotokolls)

Bei der Ausarbeitung der EMRK traten erhebliche Meinungsverschiedenheiten über die Gewährleistung von „Eigentum“ zutage, die dazu führten, daß der Eigentumsschutz in Art.1 des *1.Zusatzprotokolls*⁸²(ZP) – und nicht in der EMRK selbst – aufgenommen wurde:

„Jede *natürliche oder juristische Person* hat ein Recht auf Achtung ihres Eigentums. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn, daß das öf-

79 Siehe dazu den Rechtsprechungsbericht für die deutsche Beurteilung der Scientology-Bewegung R.B.Abel, Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den neueren Glaubensgemeinschaften, NJW 1995, 91 f und BAG Beschl.v.22.3.1995 NJW 1996, 143, 147, das einen Schutz nach Art. 4 GG für Scientology verneint.

80 Siehe im 7.Kapitel.

81 Siehe im 3.Kapitel I 4 b).

82 W.Fiedler, Die europäische Menschenrechtskonvention und der Schutz des Eigentums, EuGRZ 1996, 354 ff; Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 20.03.1952, BGBl II 1956, 1880.

fentliche Interesse es verlangt, und nur unter *den durch Gesetz und durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vorgesehenen Bedingungen*.

Die vorstehenden Bestimmungen beeinträchtigen jedoch in keiner Weise das Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die *Regelung der Benutzung des Eigentums in Übereinstimmung mit dem Allgemeininteresse* oder zur Sicherung der Zahlung der Steuern, sonstiger Abgaben oder von Geldstrafen für erforderlich hält.“

Die Einschlägigkeit dieser Gewährleistung für das Werberrecht verdeutlicht der Fall „van Marle“: Den Beschwerdeführern wurde die Führung des Titels „Wirtschaftsprüfer“ nicht (mehr) gestattet, weil ein neues Gesetz Voraussetzungen für die Titelführung vorsah, die die Beschwerdeführer nicht erfüllten. In einer kommunikationspolitischen und eigentumsorientierten Betrachtung ähneln sich die Sachverhalte von „Casado Coca“ und „van Marle“. In beiden Fällen geht es um die Beschränkung von Werbung: „Casado Coca“ will als Rechtsanwalt für seine Praxis mittels Presseanzeigen werben und „van Marle“ will sich weiterhin als „Wirtschaftsprüfer“ bezeichnen dürfen⁸³ *und* beide Beschränkungen können erhebliche Auswirkungen auf die „wirtschaftliche Betätigung“ wie auch die (Aus-)Nutzung des Eigentums haben, das Grundlage der Tätigkeiten ist.

bb) Schutz vor Werbebeschränkungen bei Eingriff in bestehende Rechtspositionen?

Der Entscheidungsratio des EGMR zufolge, macht es vielleicht einen Unterschied, daß „Casado Coca“ noch nie werben durfte, während „van Marle“ durch eine *lex posterior* in seinen Werbemöglichkeiten beschränkt wurde. Im ersten Fall wäre Art. 10 EMRK einschlägig; im zweiten Fall (*mindestens auch*) Art. 1 des 1.ZP. Grundsätzlich soll Art. 1 des 1.ZP⁸⁴ nur das Erworbene, und nicht den Erwerb schützen.⁸⁵ ⁸⁶ Die Entscheidung „van Marle“ ist indes ein treffliches Bei-

83 Man könnte auch darauf abstellen, daß es sich um unterschiedliche Sachverhalte handelt, weil "Van Marle" bestimmte inhaltliche Voraussetzungen der Werbung behandelt, die vom Werbenden erfüllt werden müssen, während in "Casado Coca" diese Voraussetzungen bereits gegeben sind und sich ausschließlich die Kommunikation bereits gegebener Sachverhalte strittig ist.

84 Siehe zu den wenigen Vorbehalten (Art. 64 EMRK) Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, S.908 f.

85 M.E.Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1993, Rn. 640 unter Verweis auf

(1) EKMR Entsch.v.9.5.1986 U.Linde/Schweden Decisions and Reports Vol. 47, 270, wo dem Beschwerdeführer die Erlaubnis für den Erwerb von Spielautomaten versagt wurde.

(2) EGMR Urt.v.29.9.1982 Van der Mussel/Belgien Judgements and Decisions Vol.70,23 § 47 f wo ein Rechtsanwalt durch die öffentliche Hand mit der Vertretung eines Mandanten beauftragt wurde, und er dafür keine Entschädigung erhielt. Selbst bei der Auferlegung von Geldleistungspflichten konnte das Gericht keine Verletzung des Art. 1 ZP sehen.

(3) EGMR Urt.v.13.6.1979 Marckx/Belgien Vol.31, 23§ 50 zu der fehlenden Einschlägigkeit des Art. 1 ZP für die Erbrechte eines unehelichen Kindes.

Zur Diskussion, inwieweit der Erwerb, der für ein Existenzminimum notwendig ist, geschützt werden soll: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, Art. 1 ZP Rn. 4 m.w.N.

86 So hat auch die Bundesrepublik in der "markt-intern"-Entscheidung - allerdings erfolglos - argumentiert, wenn sie sich darauf berufen hat, daß die Werbung "berufsfreiheitlich" zu

spiel dafür, daß der EGMR unter bestimmten Voraussetzungen eine Beschränkung der „wirtschaftlichen Betätigung“⁸⁷ als Beeinträchtigung der „Eigentumsfreiheit“ interpretiert. Der EGMR begnügt sich in seiner Interpretation damit, daß der Beschwerdeführer durch seine eigene Arbeit eine *Klientel* aufgebaut hatte und die Weigerung der Registrierung als „Wirtschaftsprüfer“ zur Folge hatte, daß „die Bedingungen, unter denen die beruflichen Tätigkeit ausgeübt wurde, sich änderten wie auch deren *Außmaß* verringert wurde.“⁸⁸

In ihrer Nähe zur „wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit“ ist die Entscheidung „van Marle“ kein Solitär geblieben.⁸⁹ Eine Übertragung der „van Marle“-ratio auf Werbebeschränkungen ist bisher unterblieben; für die Zukunft nach hier vertretener Ansicht aber nicht ausgeschlossen. Sie kommt vor allem für Werbebeschränkungen in Betracht, die natürliche und juristische Personen betreffen, die sich bereits auf dem Markt befinden. Bei ihnen könnten die zwei Voraussetzungen bejaht werden, auf die der EGMR abstellt: zum einen der Aufbau einer „*Klientel*“ durch eigene Arbeit und zum anderen die Verringerung des „*Ausmaßes der Betätigung*“ infolge einer Werbebeschränkung. So könnte die Eigentumsgewährleistung für die Verhängung von Tabakwerbeverböten durch die Mitgliedstaaten relevant werden. Im Rahmen eines solchen Verfahrens könnte dann auch geklärt werden, inwieweit „suggestive Werbung“, die die Tabakunternehmen mehrheitlich betreiben, durch Art.10 EMRK oder durch Art. 1 des 1.Zusatzprotokolls geschützt ist. Es bleibt dann abzuwarten, inwieweit der EGMR grundsätzlich Werbebeschränkungen an Art. 1 des 1.Zusatzprotokolls messen wird – und nicht nur in „lex posterior“-Konstellationen:

schützen sei. EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/ Deutschland, Series A: Judgments and Decisions Vol. 165 (1989) § 25)

87 Siehe ähnlich P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S. 73 ff.

88 a.a.O. § 42 "The refusal to register the applicants as certified accountants radically affected the conditions of their professional activities and the scope of those activities was reduced".

89 L.Candorelli, in: Pettiti/Decaux/Imbert, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1995, S. 977 verweist auf mehrere Entscheidungen, die aber profunde Ausführungen zum Schutz wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit in Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls nicht enthalten:

(1)EGMR Urt.v.30.11.1987 H/Belgien Series A: Judgments and Decisions Vol. 127 (1987) S. 23, 34 § 47 erwähnt, daß der Schutz der Klientel eines Rechtsanwalts unter Art. 1 des Zusatzprotokolls fällt; konkret entscheidungserheblich war aber nur Art. 6 EMRK.

(2) EGMR Urt.v.7.7.1989 "Tre Traktörer AB/Schweden" Series A: Judgments and Decisions Vol. 159 (1989) S. 1,21 §§ 53, 43 hatte den Entzug einer Schankkonzession zum Gegenstand. Hier hat der EGMR auf die Klientel und den "good will" des Restaurants abgestellt (Wert des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs).

(3)EKMR Entsch. v.8.3.1988 "Karni/Schweden"/"Decisions and Reports 55, S. 157, 165 "the vested interests in the applicant's medical practice may be regarded as "possessions" within the meaning of Art. 1" für den Entzug der Kassenzulassung eines Arztes.

cc) Schutz wirtschaftlicher Betätigung?

Für die Erstreckung von Art. 1 des (1.) ZP auf Eingriffe in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit⁹⁰ spricht, daß dann auch Beschränkungen der Distributions-, Kontrahierungs- und Produktpolitik von den Konventionsorganen überprüft werden könnten. Es ist aus der Sicht des Markteingstrategen inkonsequent, die Werbung anhand der Konvention zu überprüfen und diese Prüfung für die Substitute des Marketing-Mix grundsätzlich zu verneinen.

Ein weiteres Argument, das **für** eine Erstreckung sprechen könnte, ist die Lücke, die die „lex posterior“ Betrachtung läßt. Wenn man den Schutz des Eigentums soweit erstreckt, daß die durch eigene Arbeit geschaffene **Klientel** wie auch die **Verringerung der Tätigkeit** für die Eröffnung des Schutzbereichs ausreichen, dann könnte man erwägen, ob eine Bestimmung, die es erschwert eine Klientel aufzubauen, ebenfalls „eigentumsfreiheitlichen“ Schutz verdient.

Gegen diese Erstreckung spricht der Wortlaut der EMRK, die mit „possessions“ und „biens“ von einer gefestigten Rechtsstellung ausgeht. Gegen die Erstreckung spricht auch, daß Werbebeschränkungen, die die informative Werbung betreffen, anhand von Art. 10 EMRK überprüft werden können. Der Schutz zumindest des Newcomer ist insoweit gewährleistet.

dd) Schrankendivergenz zwischen Art. 10 EMRK und Art.1 des 1.ZP

Wenn man die EGMR-Rechtsprechung zugrundelegt, bleibt festzuhalten, daß bei der EMRK eine ähnlich Konkurrenzlage wie bei Art. 12 und 5 GG entstehen kann: Art. 1 Abs. 1 des (1.) ZP verlangt ein einschränkendes „Gesetz“, das dem „öffentlichen Interesse“ und den „allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts“ Rechnung trägt. Soweit nur die „Nutzung des Eigentums“ in Frage steht (Art. 1 Abs. 2 (1.) ZP) und die Nutzungsbeschränkung in „Übereinstimmung mit dem Allgemeininteresse“ erfolgt, ist der EGMR auf die Prüfung der „Erforderlichkeit“ beschränkt. Eine Nutzungsbeschränkung hat der EGMR etwa beim Entzug einer Schankkonzession⁹¹ angenommen.⁹² Diese Betrachtung wird man auch auf Werbebeschränkungen, die nicht wie im Fall „van Marle“ den Gebrauch eines bisher innegehabten Titels betreffen, ausdehnen können. Die Schrankenbestimmung des Art.1 1.ZP ist in einer grammatischen Auslegung damit ersichtlich weiter als Art. 10 Abs. 2 EMRK.

90 Im übrigen schützen die internationalen Pakte wie die EKMR (Art. 4 EMRK) berufsfreiheitlich nur vor Zwangsarbeit; siehe dazu G.Seidel, Handbuch der Grund- und Menschenrechte auf staatlicher, europäischer und universeller Ebene, 1996, S. 177 - 193.

91 EGMR Urt.v.7.7.1989 "Tre Traktörer AB/Schweden" Series A: Judgments and Decisions Vol. 159 (1989) S. 1,21 §§ 53, 43.

92 Zur unklaren Abgrenzung der Absätze 1 und 2 Frowein//Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, Art. 1 1. ZP Rn. 37 m.w.N.

ee) Zusammenfassung

Gegenwärtig ist die „Lösung“ der Konkurrenzlage zwischen Art. 12 und Art. 5 GG im deutschen Verfassungsrecht ähnlich unbefriedigend wie die Beurteilung des Marketing-Mix durch die EMRK. Es besteht die Gefahr, daß die EMRK sich dem Schutz der Kommunikationspolitik öffnet, ohne gleichzeitig die strategischen Alternativen, nämlich Distributions-, Kontrahierungs- und Produktpolitik, zu schützen. Es handelt sich dann um eine Form der „Wirtschaftslenkung“, die von dem *accidens* der Betroffenheit von Sprache abhängt. Allein deshalb könnte man an der sachlichen Rechtfertigung dieser fragmentarischen Überprüfung zweifeln.

Der Schutz, den die EMRK wegen ihrer Fixierung auf den Schutz des Eigentums anbietet, ist in einer Markt- und Gleichheitsbetrachtung (Art. 14 EMRK: „im Vermögen“) nicht überzeugend: Der Newcomer hat noch keine Substrate wie „Klientel“ und „good will“ geschaffen, die seine Aktivlegitimation bei dieser Interpretation des Art. 1 des (1.)ZP begründen; der „Markteingesessene“ kann eine Überprüfung durch die Konventionsorgane verlangen. *Das* Argument, das die Skepsis *gegenüber* einem äußerungsfreiheitlichen Schutz nicht medial-werbe-trägergebundener Werbung, also von „Werbung pur“, begründet, ist, daß die EMRK die „Freiheit“⁹³, zu deren Ausübung Werbung akzessorisch gehört, nur sehr eingeschränkt schützt. Die EMRK in der Auslegung, die der EGMR mit „Casado Coca“ gewählt hat, bereitet so den dogmatischen Boden⁹⁴ für ein umfassende Kompetenz *der Überprüfung* des „Werberechts“ in den Vertragsstaaten durch die Konventionsorgane – und das genau in den Bereichen, aus denen der EuGH sich durch die Anerkennung der „Verkaufsmodalität“ zurückzuziehen beginnt.⁹⁵

Die Bedeutung, die die Eröffnung des Schutzbereichs für die Werbung in Art. 10 EMRK hat, wird durch die Bemessung des „effektiven Garantiebereichs“ durch die Konventionsorgane, in Zukunft nur noch durch den EGMR, bestimmt (Art. 10 Abs. 2 EMRK; dazu siehe IV). Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, daß „Casado Coca“ die letzte Grundlage für die Eröffnung des „judicial review“ geworden ist.

4. Teleologische Auslegung

aa) Zweck der Äußerungsfreiheit: Maximierung des Informationsangebots

Die Argumente für einen äußerungsfreiheitlichen Werbungsschutz sind mit den Argumenten, die im nationalen Verfassungsrecht vorgebracht werden, identisch und brauchen deshalb nicht wiederholt zu werden. Der Ansatzpunkt ist – wie im

93 Anders als bei der Werbung im Kontext von Medien, wo die Eröffnung des Schutzbereichs wegen des Vermischungsarguments, eröffnet sein muß. Hier besteht auch eine Kompetenz des EGMR für mediale Sprache.

94 Siehe die abweichende Meinung der Richter Vilhjalmsson und Palm, a.a.O.S. 23.

95 Siehe im 6.Kapitel III 5; ohne daß hier ein rechtlicher Zusammenhang impliziert werden soll.

deutschen Verfassungsrecht – die Informationsfreiheit im Sinne einer Maximierung eines inhaltlich nicht qualifizierten Informationsangebots.⁹⁶ Nach „Casado Coca“ wird abzuwarten sein, ob der EGMR die Beschränkung auf den „informativen Charakter“ der Werbung aufrechterhalten wird.

bb) Relationierung mit den Verbraucherrechten der EMRK

Der Zweck, den äußerungsfreiheitlicher Werbungsschutz in der EMRK erfüllen kann und soll, kristallisiert sich beim Blick auf diejenigen Verbraucherrechte, die die EMRK selbst und unmittelbar schützt. Erst zweitrangig ist die Frage, inwieweit die EMRK den „Verbraucherschutz“, den Schutz des Allgemeininteresses („public interest“) und der Rechte anderer (Art. 10 Abs. 2 EMRK) durch die Mitgliedstaaten respektiert. Dieser Rangfolge folgt auch die Darstellung.

III. Verbraucherrechte in der EMRK

1. Negative Rezipientenfreiheit

Die EMRK kennt keine allgemeine Handlungsfreiheit. In der Folge fehlt ihr – noch weitergehend als dem Grundgesetz – eine grammatisch nachweisbare, dialogische Struktur der Marktteiligungsrechte von Anbietern und Nachfragern. Lediglich im Intimbereich des Verbrauchers, also der *negativen Rezipientenfreiheit*, die mit den Fallgruppen „Briefkastenwerbung, Telefonwerbung und Telefaxwerbung *im privaten Bereich*“⁹⁷ beispielhaft umschrieben werden kann, könnte Art.8 EMRK Schutz bieten:

- „(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines *Privat-* und Familienlebens, seiner *Wohnung* und seines Briefverkehrs.
- (2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, *das wirtschaftliche Wohl des Landes*, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder *zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.*“

a) Privatleben

Die Verpflichtung des Staates beschränkt sich nicht darauf, Eingriffe zu unterlassen, sondern auch die Verpflichtung, den *Schutz des Privatlebens durch Gesetz-*

96 A.Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1993, S. 86 ff. Siehe allerdings die Ergänzung um das Argument der Korrektur eines Marktungleichgewichts durch Information in den joint dissenting opinions der Richter Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carillo, Salcedo und Valticos in EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgments and Decisions Vol. 165 (1989) S. 23 ff.

97 Nicht im geschäftlichen Bereich; dazu siehe im 7.Kapitel.

*gebung, Rechtsprechung und Verwaltung sicherzustellen*⁹⁸. Dieser Schutz erfolgt im deutschen Recht durch die Zubilligung eigener Unterlassungsansprüche des in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzten (§ 823 Abs. 1, 1004 BGB), wenn er etwa unverlangt angerufen wird (siehe im 7. Kapitel).

b) Wohnung

Zu einer Beeinträchtigung der Wohnung kommt es durch (unverlangte) Vertreterbesuche nach hiesigem Verständnis nicht; der Staat ist zwar verpflichtet, die Wohnung zu schützen. Wenn der Berechtigte aber Vertreter in die Wohnung läßt, handelt es sich um die *Entscheidung des Rechtsträgers* gegen die er selbst – auch in der EMRK – nicht geschützt ist (dazu siehe im 7. Kapitel).

c) Briefverkehr

Auch hier entnimmt die Literatur eine positive Verpflichtung zur Achtung des Briefverkehrs, und nicht nur einen Abwehranspruch⁹⁹. Bei der Konfrontation mit Werbung könnte einschlägig sein, daß die Briefbeförderung so organisiert sein muß, daß Werbung den Werbenden nicht ohne seinen Willen erreicht. Insoweit kann der Beworbene sich durch einen Aufkleber („Keine Werbung“) schützen – ein Anspruch auf ein perfektes Funktionieren der Post, die (werbliche) Postwurfsendungen in jedem Fall unterläßt, läßt sich aus Art.8, der insofern eine *lex specialis* zu Art.10 EMRK darstellt, wohl nicht herleiten.¹⁰⁰

d) Schutz vor schockierendebn Äußerungen

aa) Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 10 EMRK

Der EGMR lehnt bei der Eröffnung des Schutzbereichs eine inhaltliche Differenzierung ab; auch Äußerungen, die

„den Staat oder einen Teil der Gesellschaft verletzen, schockieren oder beunruhigen“¹⁰¹

sind geschützt. Es bleibt abzuwarten, ob der EGMR diesen Schutz auch auf schockierende, suggestive Werbung erstrecken wird.

bb) Schutz der negativen Rezipientenfreiheit durch Art. 9 EMRK

Art. 9 EMRK¹⁰² ist in in dem Fall „Otto-Preminger-Institut“¹⁰³ stark genug gewesen, um das Aufführungsverbot und die Beschlagnahme des Films „Liebeskonzil“

98 Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, Art.8 Rn.9.

99 Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, Art.8 Rn.35.

100 A. Bleckmann, Europäische Kommission für Menschenrechte - Rechtsprechungsbericht 1979 Nr.62 - 140, EuGRZ 1981, 114, 121 Nr.109 ...

101 EGMR Urt.v.24.2.1997 De Haes u.Gijsels/Belgien (1997) Vol...237 § 46 "... offend, shock or disturb..."

102 Obwohl der Kritik an der Entscheidung rechtzugeben ist, die bemängelt, daß der EGMR nicht ausreichend zwischen Art. 10 Abs. 2 EMRK ("Rechte anderer") und Art. 9 EMRK

zu rechtfertigen. Zwar könnten Gläubige nicht erwarten, daß sie vor Kritik grundsätzlich verschont werden. Gerade die Art und Weise der Kritik kann aber so verletzend sein, daß sie den auch von der EMRK garantierten Respekt vor der Glaubensfreiheit verletzt.¹⁰⁴

2. *Schutz des Integritätsinteresses*

a) *Recht auf Leben (Art. 2 EMRK)*

Das Recht auf Leben ist in Art. 2 Abs. 1 EMRK geschützt.¹⁰⁵ Anders als im deutschen Verfassungsrecht, das unbestritten mit dem „Recht auf Leben“ (Art. 2 Abs. 2 GG) auch das Recht auf Gesundheit schützt, verfügt die EGMR-Rechtsprechung (noch) nicht über entsprechende Präjudizien. Das hat in einem italienischen Fall „Guerra“, der die gravierende Umweltverschmutzung durch eine chemischen Fabrik zum Gegenstand hatte, dazu geführt, daß der EGMR die Verletzung der Familien- und Privatsphäre der Anlieger (Art. 8 EMRK) durch die Emissionen der Fabrik bejaht hat¹⁰⁶ – und eine Verletzung von Art. 2 EMRK nicht weiter geprüft hat. Für Werbung, die zur Gesundheitsgefährdung führt, müßte Art. 2 EMRK durch den Gerichtshof konkretisiert werden. Eine solche Anregung findet sich bereits in der Stellungnahme des Richter Walsh. ***Im Ergebnis kann der „Schutz der Gesundheit“ – und „argumentum minore ad maiorem“ des Lebens – bereits jetzt nach Art. 10 Abs. 2 EMRK berücksichtigt werden.***

b) *Positive Rezipientenfreiheit: der Schutz der Gesundheit durch Informationen des Staates (Art. 10 Abs. 1 EMRK)*

Der EGMR hat bereits – anders als das BVerfG – eindeutig dazu Stellung genommen, ob die Informationsfreiheit des Art. 10 Abs. 1 EMRK ein „Recht auf Unterrichtetheit“ umfaßt. In der bereits oben geschilderten Entscheidung „Guerra“ beanspruchten die Kläger Informationen über die Emissionswerte der in der Nachbarschaft ansässigen chemischen Fabrik.¹⁰⁷ Der EGMR hat die Informationsfreiheit auf den Schutz vor (staatlichen) Schranken bei der Informationsverbreitung beschränkt. Ein Verschaffungsrecht oder ein Teilhaberecht an Informationen

unterschieden habe: so Ch. Grabenwarter, *Filmkunst im Spannungsfeld zwischen Freiheit der Meinungsäußerung und Religionsfreiheit*, ZaöRV 1995, 128, 147 ff.

103 EGMR Urt.v.20.9.1994 Otto-Preminger-Institut/Österreich Judgments and Decisions Vol. 295, 17 ff §§ 46-57.

104 a.a.O. §§ 47, 56 unter besonderer Berücksichtigung der römisch-katholischen Orientierung der Bevölkerung in Österreich.

105 "Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt".

106 EGMR Urt.v.19.2.1998 Guerra u.a./Italien Nr. 116/1996/735/932 "Homepage" § 60; die Verletzung von Art. 2 EMRK hat er dahinstehen lassen (§ 62) und die "concurring opinion" von Richter Walsh und Richter Jambrek. Vorher zu Umweltverschmutzung bereits EGMR Urt.v.9.12.1994 G.Lopez Ostra/Spanien EuGRZ 1995, 530 ff und EGMR Urt.v.25.11.1993 Zander/Schweden EuGRZ 1995, 535 f.

107 Ein Recht auf Umweltinformationen müßte inzwischen auch in Italien aufgrund der Umweltinformationsrichtlinie und ihrer Umsetzung bestehen.

im Staatsbesitz hat er verneint.^{108 109} Der EGMR hat die Ablehnung des „Rechts auf Unterrichtetheit“ im wesentlichen auf rechtstatsächliche Erwägungen gestützt; so sei es schwierig, den Zeitpunkt, die verpflichtete Behörde wie auch den Inhalt der notwendigen Informationen durch die EMRK festzulegen.

Der dogmatische Gesichtspunkt, der im Zusammenhang mit dem Schutz werblicher Äußerungsfreiheit einschlägig sein könnte, ist das in dieser Entscheidung zugrundegelegte Prinzip der Verknüpfung („corolary“ bezeichnet eigentlich die „Folge“) des *Informationsanspruchs* mit der *Aufgabe der medialen „Sprache“, die Öffentlichkeit über die Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu informieren*.¹¹⁰ Dort wo Private Informationen *geben wollen* und der Gerichtshof bejaht, daß diese *Informationen von öffentlichem Interesse* sind, dort kann die *Informationsfreiheit* der Intervention des Staates entgegenstehen. So ist auch das Urteil „Casado Coca“ zu interpretieren: der Anwalt will Informationen geben, die für die Allgemeinheit von Interesse sein könnten, und der Staat läßt es zu, daß berufsständische Werbeverbote diese Kommunikationschance vereiteln. *Wenn der Staat und/oder Private diese Informationen nicht geben wollen, dann begründet alleine die Informationsfreiheit keinen Anspruch auf Unterrichtetheit*. Es ist dann – und das wird unter dem Aspekt der *Schutzpflicht* für Leben, Gesundheit und gegebenenfalls des Eigentums der Menschen (Art. 2, 8 EMRK, Art. 1 des 1.ZP) zu prüfen sein – eine Frage des Schutzes des konkret gefährdeten Interesses – nicht aber einer abstrakten Informationsfreiheit – inwieweit Sprache geeignet oder erforderlich ist, um einen effektiven Schutz für diese Rechtsgüter zu erreichen.

3. *Schutz des Äquivalenzinteresses*

a) *Schutz der Erwerbsfreiheit (Art. 1 des (1.)ZP)*

Ein Schutz *jeder* Erwerbsfreiheit durch Art.1. des (1.)ZP wird grundsätzlich abgelehnt. Die Voraussetzung der Eröffnung des Schutzbereichs seien wohlereborene Rechte („biens“, „possessions“), und damit scheidet ein Schutz des Erwerbs selbst aus.¹¹¹ Ein Recht auf einen wirtschaftlich vorteilhaften Erwerb bzw. der Schutz vor (gravierend) unvorteilhaften Erwerbsgeschäften besteht deshalb ebenfalls nicht.

108 EGMR Urt.v.19.2.1998 Guerra u.a./Italien Nr. 116/1996/735/932 "Homepage" § 59.

109 Er hat sich damit nicht der Auffassung der EKMR angeschlossen. Die "concurring opinions" einiger Richter betonen indes die Bedeutung der Tatsachengrundlage des Falles für diese Entscheidung.: Richterin Palm, der sich die Richter Bernhardt, Russo, Macdonald, Makarczyk und Van Dijk anschlossen.

110 § 53.

111 Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, Art. 1 Rn.4; D.Gomien/D.Harris/L.Zwaak, Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, 1996, S. 313 f.

b) *Schutz des Äquivalenzinteresses durch die Informationen des Staates und Privater (Art. 10 Abs. 1 EMRK)*

aa) Keine Anspruch auf private und staatliche Informationen: die „Guerra“-ratio
Ein Anspruch auf staatliche oder private Informationen über die Verwendungsfähigkeit und den Wert von Produkten (Äquivalenzinteresse) aus Art. 10 Abs. 1 EMRK ist entsprechend der „Guerra“-ratio¹¹² abzulehnen.

bb) Informationen durch Werbung („Casado Coca“)

Übrig bleibt die Frage, wie die Informationen Privater, die durch Werbung („Casado Coca“) oder in der „Interessentenpresse“ („markt intern“) erfolgen, von Art. 10 Abs. 1 EMRK *bewertet* werden. „*Casado Coca*“ – also die anwaltliche Werbung – ist ein Beispiel für *Eigenwerbung*, bei der unterstellt werden kann, daß sie mit *zutreffenden Angaben* erfolgen sollte. Der äußerungsfreiheitliche Schutzbereich ist hier wegen der in Art. 10 EMRK geschützten *Informationsfreiheit* eröffnet. Diese Begründung deutet an, daß die *Äußerungsfreiheit nicht komplementär zur Informationsfreiheit* ist. Die Informationsfreiheit determiniert und reduziert bei diesem Begründungsansatz die Äußerungsfreiheit: *nur diejenigen „Äußerungen“, die einen Informationswert haben, werden geschützt*. Es handelt sich um einen Ansatz, der im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung bisher *nur bei der kommerziellen Sprache eine Rolle spielt* – soweit es die Eröffnung des Schutzbereichs betrifft.¹¹³ Man muß die Rechtsprechung deshalb als eine Entscheidung, für einen „*geringeren Schutz der Werbung*“ interpretieren, weil nicht alle Formen von Werbung meinungsfreiheitlich geschützt sind.

Die Begrenzung werblicher Äußerungsfreiheit durch die *zusätzliche Notwendigkeit einer Bedeutung der Information für die Rezipienten* enthält implizit und reflektiv einen Schutz der Rezipienten. Die Entscheidung „Casado Coca“, die den Zugang zur Rechtspflege zum Gegenstand hat, kann dabei weder einer negativen Rezipientenfreiheit, noch dem Integritäts- oder Äquivalenzinteresse eindeutig zugeordnet werden. Der Zugang zur Rechtspflege kann der Verfolgung jedes Interesses dienen. Soweit die Entscheidung allerdings so interpretiert werden kann, daß sie „*nur*“ *suggestive Werbung vom Schutzbereich des Art. 10 EMRK ausschließt*, kann diese Entscheidung mittelbar dem Schutz der Äquivalenzinteressen dienen. Die Gefahr suggestiver Werbung besteht in der unsachlichen Beeinflussung des Käufers und der Erhöhung der Kosten des Produkts durch die Werbung.¹¹⁴ Eine Menschenrechtskonvention, die eine solche Werbung nicht meinungsfreiheitlich schützt, ändert an der Realität der Existenz der suggestiven Werbung nichts. Sie überläßt es aber den Konventionsstaaten – ohne eigene Überprüfung – diese Werbung – wie es der BGH etwa in den Fällen I und II a tut

112 Siehe oben unter III 2 a.

113 Zur Fallgruppenbildung beim "effektiven Garantiebereich" siehe im 7.Kapitel.

114 Siehe im 3.Kapitel I 4 b.

– zu untersagen und „erleichtert“ so vielleicht die Verwirklichung von Verbraucherschutz. Der Respekt vor dem Wettbewerbsrecht der Vertragsstaaten und die eigene Zurückhaltung des EGMR befreien die Vertragsstaaten gerade bei den schwer nachweisbaren und prognostizierbaren Folgen von Werbung von der Darlegungs-, Beweislast und letztendlich der Last des „non liquet“.

IV. Einschränkung kommerzieller Sprache nach Art. 10 Abs.2 EMRK

Art. 10 Abs. 2 EMRK lautet:

Da die Ausübung dieser Freiheiten Pflichten und Verantwortung mit sich bringt, kann sie bestimmen, vom Gesetz vorgesehenen Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafanordnungen unterworfen werden, wie sie *vom Gesetz vorgeschrieben* und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder *der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung* und der Verbrechenverhütung, *des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufes oder der Rechte anderer*, um die Verbreitung von vertraulichen Nachrichten zu verhindern oder das Ansehen und die Unparteilichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten, unentbehrlich sind.¹¹⁵

1. „Vom Gesetz vorgeschrieben“

Im Fall „markt intern“ hatten die Beschwerdeführer argumentiert, daß § 1 UWG als Generalklausel diesem Erfordernis nicht genüge, weil die Unterscheidung zwischen *Pressefreiheit* auf der einen und der Schranke des *unlauteren Wettbewerbs* auf der anderen Seite nicht vorhersehbar sei.¹¹⁶ Der EGMR sah – ähnlich dem BVerfG¹¹⁷ – sowohl das Wettbewerbs- als auch das Medienrecht einem solchen zeitlichen Wandel und praktischen Flexibilitätsbedürfnis ausgesetzt, daß er Generalklauseln in diesen Bereichen dann als genügend betrachtete, wenn eine *entsprechende Rechtsprechungspraxis* bestand. Das konnte es im Fall „markt-intern“ unter Hinweis auf die ständige Bundesgerichtshof-Rechtsprechung beja-

115 Die authentischen französischen und englischen Fassungen lauten: (2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder and crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation of rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

(1) L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

116 EGMR Ur.t.v.20.11.1989, Series A: Judgements and Decisions, Vol. 165, §29.

117

hen.¹¹⁸ In einer Entscheidung zum *ideellen Sprachrecht*, die die vorgebliche Beleidigung der griechischen Armee zum Gegenstand hatte, hat der EGMR verlangt, daß das Gesetz so bestimmt ist, daß

„die Personen, die es betrifft – nötigenfalls mit Hilfe qualifizierter rechtlicher Beratung – bis zu einem bestimmten Maß, das von den Umständen abhängt, erkennen können müssen, welche Folgen eine bestimmte Handlung haben kann“¹¹⁹

Die Bestimmtheitsanforderungen der EMRK sind damit nicht sehr strikt¹²⁰ – auch § 1 UWG könnte diesen Anforderungen genügen.

2. *Legitimes Ziel*

Art. 10 Abs.2 erwähnt eine Reihe von Zielen, die Eingriffe in die Meinungsfreiheit rechtfertigen können. Es handelt sich um eine abschließende Regelung. Speziell für § 1 UWG kommen, je nach Fallgestaltung und/oder den Baumbach/Hefermehlschen Fallgruppen (Siehe die entsprechenden Übersichten) hauptsächlich fünf Ziele in Betracht, die von der „Aufrechterhaltung der Ordnung“, des „Schutzes der Gesundheit“, der „Moral“, des „guten Rufes“ bis zu den „Rechten anderer“ reichen.

a) *Schutz der Gesundheit*

Soweit Werbebeschränkungen zum Schutze des *Integritätsinteresses* ergehen, können sie auf diese Zielbestimmung gestützt werden. Das gilt vor allem für die Bereiche der Tabak- wie auch der Alkoholwerbung.

b) „*Rechte anderer*“ insbesondere der „*gute Ruf*“

In Betracht kommen hier nicht nur „subjekt-öffentliche Rechte“, sondern Interessen anderer Mitbewerber oder Verbraucher, die im Rahmen von § 1 UWG berücksichtigungsfähig sind.¹²¹ Signifikant für die bisher entschiedenen Fälle ist, daß sie zu Fallgruppen gehören, bei denen unproblematisch zumindest eine Gefährdung dieser Rechte bejaht werden konnte.

aa) *Negative Rezipientenfreiheit*

Der Schutz der *negativen Rezipientenfreiheit* erfolgt zum Schutze der „Rechte anderer“, wie der EGMR anlässlich der Vermarktung eines pornographischen Vi-

118 EGMR Urt.v.20.11.1989, Series A: Judgements and Decisions, Vol. 165, § 30.

119 EGMR Urt.v.25.11.1997 Grigoriades/Griechenland, "homepage des Gerichtshofs: <http://www.dhcour.coe.fr/>" § 37 "to enable the persons concerned - if need be with appropriate legal advice to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail".

120 Siehe auch die "concurring opinion" der Richter Bernhardt und Wildhaber.

121 Vielleicht wäre eine Anlehnung an den verwaltungsprozessualen "Nachteilsbegriff" im Sinne von § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO zumindest als Auslegungsgrundsatz erwägenswert.

deos mit Anspielungen auf „Teresa von Avila“¹²² oder bei rassistischen Äußerungen, über die ein Medium berichtete, feststellte.¹²³

bb) Positive Rezipientenfreiheit als Element des Schutzes des Äquivalenzinteresses

Die Entscheidung „Casado Coca“ steht für die Toleranz der EMRK gegenüber einem *mitgliedstaatlichen Schutz der Rezipienten vor kostenerhöhender*¹²⁴ oder die Kaufentscheidung *unsachlich beeinflussender, suggestiver Werbung*. Es handelt sich um eine Toleranz, die in der Voraussetzung der Eröffnung des Schutzbereichs (Art. 10 Abs. 1 EMRK) Ausdruck findet, nämlich der Befriedigung von Informationsinteressen. Die Entscheidung „Markt-Intern“ stünde – *wenn man die abweichenden Meinungen einiger Richter zugrundelegt* – für einen konventionsrechtlichen Schutz des *Rechtes auf Information* der Nachfrager. Nicht in der EGMR-Rechtsprechung, wohl aber in der *abweichenden Meinung dieser Richter*, deutet sich eine Auffassung an, die die wettbewerbsrechtliche Medienrechtsprechung des BGH in Bezug auf die Unterdrückung *zutreffender, kritischer Aussagen über einen Wettbewerber* als konventionswidrig qualifiziert. Der BGH argumentierte (dazu siehe im 7. Kapitel) mit den *Auswirkungen* der Berichterstattung auf den *Wettbewerb*; dem setzt das Minderheitsvotum *den Ursprung des Rechts auf Äußerungsfreiheit* im Kontext eines objektiv-rechtlichen, institutionellen¹²⁵ Konventionsrechtsverständnisses entgegen:

„die Freiheit des Ausdrucks dient in besonderem Maße dem Allgemeininteresse“.¹²⁶

Es verlangt wegen dieser Allgemeinwohlgebundenheit der „Äußerungsfreiheit“, daß – anders als das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs es bei „Markt-intern“ getan hat – Nachfragerinteressen gegen Anbieterinteressen – beide konstituieren nach dieser Ansicht das Allgemeinwohl – abgewogen werden.¹²⁷ Im Fall „Markt-intern“ soll das Interesse von Club X, zutreffenden Aussagen über die eigene performance *nicht* ausgesetzt zu werden, dem Äußerungsinteresse von

122 EGMR Urt.25.11.1996 Wingrove/Vereinigtes Königreich 1996 -V, 1957 § 57 ff.

123 EGMR Urt. v. 23.9.1994 Jersild/Dänemark Judgements and Decisions Vol. 298, S. 20 ff § 27 - 37, wo der Gerichtshof im Ergebnis eine Verletzung von Art. 10 EMRK durch die Verurteilung eines Journalisten wegen der Wiedergabe "extrem-rassistischer" Äußerungen bejahte.

124 Wenn die Werbung zur Erhöhung des Absatzes und zu economies of scale (nachweisbar) führt, dann wäre im Ergebnis eine Kostenerhöhung schwer nachweisbar.

125 Diese Qualifizierung ist der Grundrechtsdogmatik entlehnt und dient hier nur der Erfassung des Ansatzes des Minderheitsvotums. Eine Identität von Konventions- und Grundrechtsdogmatik soll damit nicht impliziert werden.

126 Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carillo, Salcedo und Valticos zu EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) S. 23,f."...freedom of expression serves, above all, the general interest."

127 Der Hinweis auf das abstrakte, nur wettbewerbs- oder wettbewerberorientierte Argument des Leistungswettbewerbs, der kritische Äußerungen von Wettbewerbern oder (Interessenten-)Presse über einzelne Wettbewerber untersagt, reicht nicht mehr aus.

„Markt- intern“ und damit (wie später bei „Casado Coca“) dem Interesse der Kunden von Schönheitsprodukten an *Information* über die unzureichende performance von Club X gegenübergestellt werden. Begründet wird diese konventionmäßig geforderte Abwägung der Interessen mit dem *Marktungleichgewicht von Anbietern und Nachfragern, das insbesondere durch Werbung verstärkt wird*.¹²⁸ Das Interesse auf Nachfragerseite, um das es hier geht, ist im markt-intern-Fall das Äquivalenzinteresse, das durch „bessere Information“ über das Versandunternehmen Club X zu einer besseren Einschätzung der Seriosität des Anbieters verhelfen soll. *Die Äußerungs- und Informationsfreiheit in Art. 10 Abs. 1 EMRK wird damit zum Ausgleichsinstrument von Marktungleichgewichten*. Die äußerungsrechtliche Präferenz der wahrheitsgemäßer Sprache ist nach diesen Minderheitsmeinungen Grund für die notwendige Korrektur einer wettbewerberorientierten Auslegung der „guten Sitten“. „Markt intern“ hätte auch anders entschieden können, weil es sich um einen Pressefall handelt. Dennoch deutet sich mit dieser Argumentation auch die Perspektive für einen Schutz „klassischer Werbung“ an. Die Äußerungs- und Informationsfreiheit koppelt so alle diejenigen Wettbewerbsformen, die als „Äußerung“ qualifiziert werden können, von der sonstigen Teilnahme am Wettbewerb (Distributions-, Produkt- und Kontrahierungspolitik) ab. Die Überzeugungskraft dieser abstrakten Dominanz des *äußerungsrechtlichen Schutz zutreffender Sprache* gegenüber der *wettbewerbsrechtlichen Erfahrung bei ökonomischer Macht am (Informations-)Markt* schwindet bereits bei Betrachtung der Fakten¹²⁹ von „markt intern“. So sind von Club X innerhalb eines knappen Jahres 157 929 Schönheitssets verkauft worden, von denen 11 870 zurückgesandt und dementsprechend Gelderstattungen geleistet wurden. *Drei Beschwerden* insgesamt erreichten „Markt-intern“ – und bereits *eine* führte dazu, daß über die Außenseiterin kritisch berichtet wurde. Es ist nicht ausgeschlossen, daß andere Branchenangehörige ähnliche, vielleicht auch berechtigte Kundenbeschwerden ausgelöst hatten – *über die aber nicht berichtet wurde*. Die isolierte Bewertung *einer* Meinung als zutreffend *kann* damit dazu führen, daß der Gesamtzusammenhang verkannt wird. Es besteht die Gefahr, daß „Halbwahrheiten“ und Marktungleichgewichte medial perpetuiert werden.¹³⁰

Diese Argumente bestätigen nach hier vertretener Auffassung, daß das „Meinungsfreiheitsrecht“, dem grundsätzlich eigene Marktkriterien fehlen und das sich auf inhaltliche, in einer Marktbetrachtung isolierte Kriterien – zutreffende und

128 Consumers, who are exposed to highly effective distribution techniques and to advertising which is frequently less than objective, deserve, for their part too, to be protected, as indeed do retailers (a.a.O.).

129 (EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) § 19, wobei es sich allerdings um Angaben der Klägerin handelt.

130 Diese Annahme scheint berechtigt, weil Club X als Außenseiter bezeichnet wird; tatsächlich müßte der Anteil am Produktumsatz ermittelt werden.

nicht zutreffende Sprache – konzentriert, *grundsätzlich* untauglicher *Regulator* für die Lenkung von Wettbewerb ist.¹³¹ Der EGMR vermeidet diese Feststellung durch die Zubilligung eines weiten Beurteilungsspielraums der Vertragsstaaten bei „kommerzieller Sprache“ und die Zubilligung eines grundsätzlich geringeren Schutzes („lesser protection approach“).

cc) Schutz des „guten Rufes“ und „der Rechte anderer“

Ein Beispielsfall ist wiederum der „markt-intern“-Fall, in dem der EGMR – entgegen der oben geschilderten Minderheitsmeinung – sowohl den Schutz des „guten Rufes“ als auch der „Rechte anderer“ als legitimes Ziel anerkannt¹³² hatte. Diese Wertung lag angesichts des Charakters der herabsetzenden Berichterstattung/Werbung nahe. Problematisch im Lichte von Art. 10 Abs. 2 EMRK werden die Fälle, in denen eine Zuordnung zu „Rechten anderer“ nicht mehr möglich ist. Das trifft vor allem für Fall I zu, wo außer bei der ölverschmutzten Ente die Gefährdung der „Rechte anderer“ nicht entfernt ausmachbar ist. Aber auch der Fall „Barthold“ könnte als ein Fall interpretiert werden, in dem nicht die *Rechte der anderen Tierärzte – so aber grundsätzlich bejahend der EGMR*¹³³ – sondern der Schutz einer Institution – der freien Berufe – einschlägiges Rechtfertigungsargument ist.¹³⁴ Diese Betrachtung liegt logisch näher, weil die Berufung auf „Rechte anderer“ als Mindestmaß voraussetzt, daß sie – wenn schon von der EMRK nicht ausdrücklich verliehen (siehe oben zum Schutz des Integritätsinteresses und der Informationsfreiheit) – so doch wenigstens der konventionsrechtlichen Überprüfung standhalten. Es ist keinesfalls evident, daß die EMRK das „Recht“ eines Menschen von einem anderen Menschen die Unterlassung einer den Berufsstand betreffenden, zutreffenden Aussage zu verlangen, anerkennen kann.¹³⁵ Der EGMR ist über dieses dogmatische Problem hinweggegangen, indem er im Ergebnis die Rechtfertigung anhand eines späteren Tatbestandselements – „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ – verneint hat. Bei einer weniger pragmatischen Prüfung, wird entscheidend, ob wirtschaftsrechtliche und -politische Allgemeinwohlerwägungen – wie in den Fällen IV und V (Sozial- und Umweltsponsoringwerbung als Verstoß gegen den Leistungswettbewerb) äußerungsfreiheitlicher

131 Diese grundsätzliche Ablehnung hindert nicht, daß ein meinungsfreiheitlicher Schutz von bestimmten Formen der kommerziellen Sprache - etwa von Public Relations - stattfinden sollte. Siehe 3.Kapitel IV und 7.Kapitel.

132 EGMR Urt.v.20.11.1989, Series A: Judgements and Decisions, Vol. 165, § 31. Die BRD hat die Berufung auf "Aufrechterhaltung der Ordnung" und "Schutz der Moral" nicht weiter verfolgt;

133 § 51; im Ergebnis kam es darauf nicht an, weil der EGMR die Notwendigkeit verneinte.

134 Ch. Engel, Der Ordnungsvorbehalt in den Schranken der Europäischen Menschenrechtskonvention, SchwJIR 1989, 41, 46, 76f.

135 Methodisch wird hier eine Art "Wechselwirkungsansatz" vorgeschlagen; dieser kann aber erst geprüft werden, nachdem festgestellt wird, daß es sich um "Rechte anderer" handelt, die die EMRK überhaupt als solche akzeptieren kann.

Schrankentatbestand sein können. Jenseits von „Sicherheit“ und „Gesundheit“ kommt hier vor allem ein Terminus in Betracht:

c) *Schutz der Moral*

Bei § 1 UWG handelt es sich um den Schutz der „Sitten“, und bereits die lateinische Übersetzung läßt eine Nähe von „mores“ zu Moral erkennen.¹³⁶ Bei einer Wortlaut-Betrachtung könnten also alle von § 1 UWG erfaßten Fallgruppen auf ein legitimes Ziel gerichtet sein. Einer solchen Wortlautäquivalenz widerspricht aber eine BGH-Rechtsprechung, die auf den Leistungswettbewerb als Konkretisierungselement der guten Sitten (Fälle IV und V; Sozial- und Umweltsponsoring) *maßgeblich* abstellt. Hier wird ein „Wettbewerbsideal“ und eben nicht die „Moral“ geschützt. Das wird besonders in Fall I (Ölverschmutzte Ente) deutlich, wo sich eine Auffassung über Moral weder in den beteiligten Verkehrskreisen gebildet hatte, noch eine kategorischer Imperativ erkennbar war und *die* Moral wegen der diskursiven, konträren Auffassungen in der Literatur für die Rechtsprechung nicht eindeutig konkretisierungsfähig war.¹³⁷ Diese Ausgangsposition veranlaßte den BGH explizit von unter den Verkehrskreisen (bspw. durch Umfragen) feststellbaren „Sitten“ abzusehen – nach seiner Auffassung ist das Gericht Erkenntnisquelle der Sitten. Damit hat sich das Gericht aber nicht mehr der Wahrung „gesamtgesellschaftlicher“ Moral, sondern zum Schutz des Wettbewerbs bekannt. Insoweit könnte Art. 18 EMRK einen nur vorgeblichen Schutz der Moral verbieten:

„Die nach der vorliegenden Konvention gestatteten Einschränkungen dieser Rechte und Freiheiten dürfen nicht für andere Zwecke als die vorgesehenen verwandt werden.“

Anders als bei Art. 5 Abs. 2 GG, der beim „allgemeinen Gesetz“ Abwägungen zuläßt, soweit insbesondere im Vergleich zur Meinungsfreiheit wichtige Gemeinschaftsgüter betroffen sind, besteht bei Art. 10 Abs. 2 EMRK eine solche **unbenannte Abwägungssystematik** nicht. Für den „Schutz des Wettbewerbs“ als Allgemeinwohlbelang bedarf es deshalb nach hier vertretener Auffassung einer Suche nach weiteren Rechtfertigungen:

d) *Aufrechterhaltung der Ordnung*

aa) „Ordnung“

Der Terminus wird als schillernd bezeichnet und eine Identität mit dem Begriff des „ordre public“ wird verneint.¹³⁸ Die authentische englische Fassung spricht von „prevention of disorder or crime“ und deutet damit den politischen Ord-

136 Irrespektive der philosophischen Diskussionen um den Unterschied von Sitten, Ethik und Moral.

137 Siehe zum Streitstand vor der Entscheidung im 7. Kapitel.

138 Ch. Engel, Der Ordnungsvorbehalt in den Schranken der Europäischen Menschenrechtskonvention, SchwJIR 1989, 41, 46, 76f.

nungsbezug an. Die Alternative „prevention of disorder“ wird dabei weiter einschränkend interpretiert, so daß sie nur Maßnahmen zur Verhütung von „Unordnung“ beinhalte, nicht aber diejenigen, die „nur“ zur Aufrechterhaltung von Ordnung dienen.¹³⁹ Diese Differenzierung ist nicht überzeugend: Zum einen handelt es sich sicher um einen marginale Unterschied¹⁴⁰, zum anderen wird dieser Unterschied von der ebenfalls authentischen französischen Fassung gerade nicht gefordert. Sie lautet – parallel zur deutschen Fassung – „défense de l'ordre“. „Ordnung“ kann grammatisch nicht ohne weiteres als „Ordnung im Wettbewerb“ verstanden werden. Gemeint ist hier wohl eher die politische Ordnung des Zusammenlebens der Menschen in einem Staat. Diesen Unterschied von wirtschaftlicher und politischer Ordnung reflektiert auch Art. 8 Abs. 2 EMRK, der die „Verteidigung der Ordnung“ (prevention of disorder, défense de l'ordre) neben dem „wirtschaftlichen Wohl des Landes“ als eigenständige Schrankenbestimmung enthält.¹⁴¹ In den Fällen I, IV und V kann deshalb die „Aufrechterhaltung der Ordnung“ als Zielbestimmung § 1 UWG in seiner Konkretisierung durch den BGH **nicht rechtfertigen**.

bb) Folgen einer solchen restriktiven Interpretation der „Ordnung“

Mit diesem grammatisch-restriktiven Befund begründen Literaturmeinungen die Konventionswidrigkeit einer Reihe von Werbebeschränkungen, die man nicht unter Rekurs auf die „**Rechte anderer**“, **die dann als Zielbestimmung nur übrigbleiben**, rechtfertigen zu können glaubt. Der „Konstruktionsmangel“ der EMRK, für die kommerzielle Sprache grammatisch keinen der „Ordnung“ korrespondierenden, schrankenrechtfertigenden „Auffang- Allgemeinwohlbelang¹⁴²“ verankert

139 A.Lester/D.Pannick, Advertising and Freedom of Expression in Europe, 1984, S.24. Aus der Formulierung folgert Ch. E. Hauschka, Auswirkungen der Auslegung des Art.10 der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf Wettbewerbsrecht, Medienrecht und das Recht der freien Berufe, ZUM 1987, 559, 563, daß die "prevention of disorder" einzige Alternative sein müsse, nicht aber die Aufrechterhaltung der Ordnung.

140 So auch U.Hoffmann-Remy, Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8 - 11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1976, S. 180.

141 Ohne verhehlen zu wollen, daß es hier selbstverständlich große Schnittmengen gibt. Für die hier zu prüfende Frage überzeugt es aber nicht, grundsätzlich der "Ordnung" Wettbewerbsvorstellungen zuzurechnen, weil das soziale Wohl Bestandteil der "Ordnung" ist (so U.Hoffmann-Remy, Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8 - 11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1976, S. 180). Eine so extensive Interpretation wird dem Enumerationsprinzip der EMRK nicht gerecht und gefährdet den Schutz ideeller Sprache. Wenn Ordnung per se soweit gefaßt wird, müßte auch ideelle Sprache - ohne daß sie Moral und Rechte anderer verletzt - am wirtschaftlichen Ordnungsbegriff gemessen werden. So die Meinungsäußerungen von Deutschen beim Besuch eines (chinesischen Staatschefs), die zur Abreise führten und die Exportchancen der deutschen Wirtschaft und hiesige Arbeitsplätze sicher nicht gefördert haben. Das soziale Wohl ist dabei kein tauglicher Einschränkungstatbestand für das Recht auf Meinungs"kampf". Der hier vorgeschlagene parallele Ansatz: Eröffnung des Schutzbereichs für Werbung und Eröffnung der Schranken für Wettbewerbsrecht versucht vom Ausgangspunkt her dieser Gefahr entgegenzuwirken..

142 Gegen einen Generalvorbehalt des Allgemeinwohls auch U.Hoffmann-Remy, Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8 - 11 Abs. 2 der Europäischen Men-

zu haben, wird zum Privileg kommerzieller – insbesondere werblicher – gegenüber nicht-kommerzieller Sprache. Zwei Beispiele belegen die Folgen dieser Argumentation:

(1) *Unzulässigkeit zeitlicher Werbebeschränkungen im Fernsehen.* So fordert eine Literaturmeinung die zeitlichen Werbebeschränkungen im „Rundfunkrecht“ (Verbot der Werbung nach 20.00 Uhr bei ARD und ZDF),¹⁴³ den Zwang zur Blockwerbung und das Verbot von Schleichwerbung sowie die Beschränkung der Gesamtwerbezeit in Rundfunksendern¹⁴⁴ als konventionswidrig zu qualifizieren. Es handelt sich um die Regelung der „Werbung“ – wenn auch Fremdwerbung – privater Rundfunkveranstalter, die durch einen politischen Ordnungsbegriff nicht gerechtfertigt werden kann. Die Verletzung der „Rechte anderer“ wird von dieser Literaturmeinung abgelehnt, weil das Privatfernsehen negative Rezipientenrechte nicht berücksichtigen müsse. Die Maßgeblichkeit dieser Literaturauffassung unterstellt, wäre damit auch in weiten Teilen das gemeinschaftsrechtliche Fernsehrecht, das die besagten Werbebeschränkungen erlaubt, konventionswidrig. Diese Argumentation ist ein Beispiel, wie in *einer* wettbewerbsrechtlichen Perspektive die Fixierung auf die „*Wirkungen*“ der Beschränkungen von kommerzieller Sprache die unterschiedliche *rechtliche Verankerung* im Rahmen von Art. 10 EMRK außer acht läßt. So erlaubt Art.10 Abs.1 S.3 EMRK gerade, daß das Fernsehen der staatlichen Genehmigung vorbehalten werden kann. Art.10 Abs.1 S.3 macht damit deutlich, daß Fernsehen auch in einem nur beschränkten Umfang genehmigt werden kann.¹⁴⁵ Und diese Beschränkung des Umfangs von Werbung kann auch „notwendig“ sein, weil sonst die Gefahr besteht, daß Programme nur noch aus Werbung bestehen und damit die ideelle und politische Sprache, die Grund und Ausgangspunkt für einen *äußerungs- und informativ-freiheitlichen Schutz des Mediums* ist, nicht mehr verbreitet werden kann. Hier deutet sich in einer kommerziell orientierten Welt bereits der Verteilungskampf zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache an.

schenrechtskonvention, 1976, S. 32 f. Neben den Belangen Sicherheit und Gesundheit, die für alle Formen von Sprache Geltung beanspruchen.

143 . Nur bei der Untersagung der Abend- und Nachtwerbung für ARD und ZDF handelt es sich um die öffentlich-rechtliche Grundversorgung, die noch eine Verbindung zur politischen "Ordnung" - Information als Voraussetzung demokratischer Partizipation - haben könnte.

144 Ch. E. Hauschka, Auswirkungen der Auslegung des Art.10 der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf Wettbewerbsrecht, Medienrecht und das Recht der freien Berufe, ZUM 1987, 559, 563f, der diese Vorschriften weder durch die Rechte anderer noch durch die Aufrechterhaltung einer "Moral" gerechtfertigt sieht, jedenfalls solange nicht, als eine solche Moral nicht empirisch nachgewiesen wird. Zur negativen Rezipientenfreiheit der Verbraucher, nicht mit einem Übermaß an Werbung konfrontiert zu werden, als berücksichtigungsfähigem Interesse im Rahmen von § 1 UWG nimmt er nicht Stellung und verneint insoweit einen Verbraucherschutz als Schutz der Rechte anderer im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK.

145 EGMR Informationsverein Lentia/Österreich EuGRZ 1994, 549 f.

Die Tatsache, daß nicht-kommerzielle Sprache gerade im Fernsbereich¹⁴⁶ immer mehr an das Junktim Werbung und Sponsering geknüpft ist, scheint gegenwärtig irreversibel. Es ist die notwendige Folge eines Wettbewerbs zwischen Veranstaltern, von denen die einen sich auch durch Gebühren und die anderen sich nur durch Werbung finanzieren müssen. Mit dieser Kommerzialisierung des „Meinungs“trägers wird der Schutz der Rezipienten vor einem Übermaß an Werbung notwendig. Dieser Schutz war vorher in der Bundesrepublik aufgrund der „monopolistischen“, öffentlich-rechtlichen Struktur des Fernsehens nicht in diesem Maße notwendig. Und gerade wenn man das Minderheitsvotum zur markt-intern Entscheidung ernst nimmt, und eine allgemeinwohlorientierte Teleologie der Äußerungs- und Informationsfreiheit bejaht, dann müssen nicht nur die Interessen der werbenden *Anbieter* und der an Werbung im Sinne von Information interessierten *Nachfrager*, sondern auch die der *Rezipienten*, die nicht der Werbung für Produkte, an denen sie nicht interessiert sind, ausgesetzt werden wollen, berücksichtigungsfähig sein. Diese Rezipientenbelange mögen noch keine allgemeine Verfestigung und Konkretisierung¹⁴⁷ erlangt haben, die es rechtfertigt sie als „Rechte“ oder Interessen „anderer“ im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK zu bezeichnen.¹⁴⁸ Es kann aber einem Staat – jenseits sonstiger spezifischer Verpflichtungen – auch vor den Augen der EMRK nicht verwehrt sein, aus edukatorischen Gründen im Markt scheinbar anders nicht überlebensfähige Nischen für nicht-kommerzielle Sprache zu schaffen. Auch insoweit ist deshalb für eine teleologische Extension des Begriffs der „Ordnung“ zu plädieren.

- (2) **Konventioneller Zwang zur Zulassung vergleichender Werbung.** Ein weiterer Beispielsfall ist die in der deutschen Rechtsprechungspraxis – vor Erlaß der Richtlinie über die vergleichende Werbung¹⁴⁹ – bejahte Unzulässigkeit vergleichender Werbung (§ 1 *UWG*)¹⁵⁰. Diese über Jahrzehnte praktizierte Ablehnung der vergleichenden Werbung wäre konventionswidrig, soweit es sich um die Zulassung zutreffender und in objektiver (sachlicher) Form gemachter Aussagen über Produkte bei bezugnehmender, anlehnender oder

146 Allgemein S.Astheimer, Rundfunkfreiheit, ein europäisches Grundrecht: Eine Untersuchung zu Art. 10 EMRK, 1990 und Ch.Engel, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1993.

147 Sachlich hinsichtlich der Feststellung, wann ein Übermaß vorliegt.

148 Im oben geschilderten Fall zur negativen Rezipientenfreiheit, nämlich dem Fall "Wingrove"(EGMR Urt.25.11.1996 Wingrove/Vereinigtes Königreich 1996 -V, 19., ging es um schockierende "Sprache", nicht aber um die Belastung des Rezipienten durch die bloße Konfrontation mit Werbung. Dazu siehe auch unter ...

149 Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v.6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung ABL Nr.L 290/18.

150 Siehe 3.Kapitel I 4.

abwertender Werbung („vergleichende Werbung“) handelte.¹⁵¹ Die Rechte anderer sollen hier nicht verletzt sein, weil es kein meinungsfreiheitlich zu respektierendes „Recht“ (anderer) auf Unterbindung der Wahrheit über (s)ein Produkt gäbe und eine Beeinträchtigung des „Rufs“ bei sachlichen und zutreffenden Aussagen zumutbar sei. Ein Allgemeinwohlbelang „Schutz des Wettbewerbs“ existiere nicht; eine Abwägung dürfe deshalb nicht stattfinden. Tragfähige Argumente, etwa daß bei vergleichender Werbung grundsätzlich die finanziell und persönlich motivierte Befangenheit des Werbenden die **Gefahr** von zumindest Halbwahrheiten begründet, **wären nicht statthaft**. Allein die Gefahr und das Beweis- und Kostenrisiko, sich gegenüber der vergleichenden Werbung des Mitbewerbers rechtlich wehren zu müssen¹⁵² wie – alternativ – der finanzielle Druck, selbst eine Gegenkampagne starten zu müssen, könnten ordnungspolitische Argumente sein, die nach dieser Literaturauffassung nicht berücksichtigt werden dürften.

cc) Eigener Vorschlag: „Ordnung“ als „kommerzielle Ordnung“

Der **Zugang zu solchen Argumenten im Rahmen einer Abwägung** – „unentbehrlich in einer demokratischen Gesellschaft“ (Art. 10 Abs. 2 EMRK) – wäre nach den Literaturmeinungen bereits wegen des Fehlens eines legitimen Ziels verschlossen. Dieses Ergebnis zeigt, daß die flickenartige, teleologisch-kommerzielle Fütterung historisch ideell-motivierter Meinungsfreiheitsmäntel der falsche Weg ist. **Wenn „Äußerung“ auch kommerzielle Sprache und auch die „klassische Werbung“ umfassen soll, dann muß auch die Schrankenbestimmung „Ordnung“ teleologisch die „Ordnung des Wettbewerbs“ umfassen können.** „Ordnung“ als terminus steht dann für die Allgemeinwohlbelange, die die staatliche Gewalt bei Werbebeschränkungen wahrnehmen will, und die beim Verbot der Schleichwerbung oder der abendlichen Verbannung von Werbung aus dem Fernsehprogramm in der Gewährung „purer Information“ und „Unterhaltung“ bestehen können. Wenn „Allgemeinwohlbelange“¹⁵³ per se nicht rechtfertigungsfähig wären, dann würde das die deutsche, wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung beherrschende Argument des Leistungswettbewerbs wurzellos und insoweit per se konventionswidrig.¹⁵⁴ Dieses Ergebnis – die Konventionswidrigkeit des „Lei-

151 So K.Preslmayr, Vergleichende Werbung und Äußerungsfreiheit gem. Art.10 EMRK, EuGRZ 1985, 221, 224.

152 Zur Problematik der Beweislastund des Kostenrisikos ...

153 Soweit es sich nicht um Sicherheit oder Gesundheit handelt, die nach Art. 10 Abs. 2 EMRK rechtfertigungsfähig sind.

154 Diese anhand konkreter Beschränkungsbeispiele erhobene Forderung ist auch für in der Literatur vertretenen Auffassungen vom wettbewerbsrechtlich institutionalisierten Verbraucherschutz essentiell. Sie wollen den Verbraucher nur im Rahmen des Wettbewerbs schützen; also ihn nur soweit schützen, als er dies für die Wahrnehmung seiner Rolle als Schiedsrichter in einem Nachfrage-Angebot-Markt-Modell wahrnehmen kann (so V. Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1995, S.19 f, 229). Verbraucherschutzbelange - soweit es nicht um Gesundheit oder Sicherheit geht - sind nur nach Maßgabe dieses Schutzes des Wettbewerbs zugelassen.

stungswettbewerbs“ – mag jahrzehntealten Forderungen der wettbewerbsrechtlichen Literatur entsprechen; das konventionelle „Meinungs“freiheitsrecht ist aber untaugliches Mittel um gordische Knoten, die im mitgliedstaatlichen Werberecht zur Auslegung der Generalklausel geknüpft wurden, zu lösen. Das Konventionsrecht enthält wie das Verfassungsrecht (siehe hierzu im 7. Kapitel) – wenn überhaupt – keine faßbareren Kriterien als das Leistungswettbewerbsargument zur Beurteilung der „Sittenwidrigkeit“ von Werbung. *Eine Erstreckung des teleologischen Arguments, das kommerzielle Sprache als „Äußerung“ begreift, auch auf die Schrankenbestimmung „Ordnung“ ist deshalb gefordert.*¹⁵⁵

Eine solche, teleologische Erweiterung des Begriffs der „Ordnung“ könnte auch durch die *systematische* Einbeziehung eines weiteren Schrankenbestandteils,¹⁵⁶ bekräftigt¹⁵⁷ werden, nämlich der Bestimmung, daß

„die Ausübung dieser Freiheiten *Pflichten und Verantwortung* mit sich bringt“.

Grammatisch unterscheidet sich damit Art. 10 EMRK in seinem expliziten Pflicht- und Verantwortungsverständnis von Art. 5 GG. Dieser Hinweis ist für den deutschen Juristen, der mit der Erfahrung der Weimarer Reichsverfassung und ihrer Überschrift „Grundrechte und Grundpflichten“ konfrontiert war, auch historisch erklärbar. Diese *dialogische Sicht aus Recht und Verantwortung* könnte ein grammatisch-systematisches Argument dafür sein, daß bei der Intergration klassischer Werbung kraft einer Rechtskonkretisierung auch der Schrankenbegriff „Ordnung“ als zugehörige Verantwortung für die kommerzielle Sprache parallel interpretiert wird. Ein systematisches Argument gegen diese Erstreckung ist der Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 EMRK, der das „wirtschaftliche Wohl des Landes“ als Schrankenvorschrift enthält. Die Erstreckung der EMRK auf „wirtschaftliche Äußerungen mit Informationswert“ ist aber eine neuere Entwicklung, die deswegen die teleologische Extension der „Ordnung“ rechtfertigt.

dd) „Casado Coca“: die evasive Strategie des EGMR

Die EKMR hat in „Casado Coca“ wie in einem früheren Fall „Hempfung/Deutschland“ bei personalen Werbebeschränkungen, die auf dem Standesrecht der „freien Berufe“ beruhen, die Berührung der „Rechte anderer“, nämlich der Standesgenossen, bejaht.¹⁵⁸ Es ist nach hier vertretener Ansicht nicht einsich-

155 Im Rahmen des Kriteriums "unentbehrlich in einer demokratischen Gesellschaft" kann dann eine Feststellung des vertragsstaatlichen Beurteilungsspielraums wie auch eine Abwägung stattfinden.(siehe gleich unten).

156 Siehe auch Frowein//Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1985, Art.10 rn. 24.

157 Vorsicht ist hier angebracht, weil das Prinzip der speziellen Enumeration unbenannten Pflichten und Verantwortungen entgegensteht.

158 EKMR mitabgedruckt bei EGMR Urt.v.24.2.1994 Casado Coca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A S. 27 § 49. So auch EKMR Entsch.v.07.03.1991 Decisions and Reports Vol. 69Hempfung/Bundesrepublik Deutschland" = EuGRZ 1991, 524.. Ein Rechtsanwalt hatte sich in Anschreiben an potentielle Mandanten gewandt, die Angaben über seine Person und Qualifikation enthielten. Die Rechtsanwaltskammer be-

tig, weshalb standesrechtliche Werbeverbote „Rechte einzelner auf eine bestimmte Art der Wahrnehmung beruflicher Aufgaben und Repräsentation“ schützen. Dagegen sprechen schon allein die unterschiedlichen Auffassungen derjenigen, die werben wollen und derjenigen, die nicht werben wollen. Es handelt sich insgesamt um eine Allgemeinwohlbegründung: diese Gesellschaft will, daß Anwälte und Ärzte ein bestimmtes Mindestmaß an Würde und Sachlichkeit bei der abstrakten Darstellung¹⁵⁹ nach außen wahren und durch (suggestive) Werbedramaturgie und kostenerhöhende Kampagnen keine unberechtigten Erwartungen zu übersteuerten Preisen wecken oder bestätigen. Die EKMR scheint hier auch Problembewußtsein zu entwickeln: zu den „Rechten anderer“ werden nämlich auch die „Rechte der Allgemeinheit“¹⁶⁰ gezählt:

„the prohibition on professional advertising by lawyers is designed to protect the rights of others, in particular the *rights of the public* and other members of the profession“.

Die „Rechte der Allgemeinheit“ als Umschreibung des Allgemeinwohls und – interessenes ähneln einem Paradoxon: die Allgemeinheit von Rechten stellt die Substanz von „Rechten“ dieser Allgemeinheit per se in Frage. Diese Ansicht scheint der EGMR in „Casado Coca“ zu teilen, wenn er auch daraus die – nach hier vertretener Ansicht – notwendige Konsequenz einer teleologischen Extension des Begriffs der „Ordnung“ nicht wagt. *Im Gegensatz zur EKMR* nimmt er gerade keine deutliche Zuordnung zu den „Rechten anderer“ vor, sondern schützt das Allgemeinwohl („interests“ und nicht „rights“) in Zusammenhang mit dem Respekt – und so muß man annehmen – mit dem „guten Ruf“ der „anderen“:

„... the Bar rules complained of were designed to protect *the interests of the public* while ensuring *respect for members* of the Bar.“¹⁶¹

Auch wenn diese Rechtsprechung dogmatisch und grammatisch unbefriedigend ist – sie stellt entgegen den geschilderten Literaturauffassungen klar, daß im Ergebnis *auch Allgemeinwohlbelange* im Rahmen des Art. 10 Abs. 2 EMRK einen Abwägungsvorgang eröffnen.

anstandete, gestützt auf § 43 BRAO sowie § 2 der damals noch angewandten Standesrichtlinien für Rechtsanwälte, diese Werbung. Die Kommission bejahte die Einschlägigkeit der Meinungsfreiheit gem. Art. 10 EMRK; als Schranke nahm sie die "Rechte anderer" an.

159 Unabhängig von der konkreten Behandlung eines Patienten oder der Repräsentation konkreter Mandanten.

160 a.a.O. S. 27 § 49; die französische Fassung S. 26: „des droits d'autrui, en particulier celui du public et celui des autres membres de la profession. Siehe auch § 51 "in order to ensure for the rights of others or owing to the special circumstances of particular business activities and professions."“

161 a.a.O. S. 19, § 46; s.18: les intérêts du public dans le respect des membres du barreau.

3. „Unentbehrlich in einer demokratischen Gesellschaft“

Dieser Bestandteil des Art. 10 Abs. 2 EMR umschreibt den notwendigen Abwägungsvorgang zwischen der Äußerungsfreiheit und dem Rechtsgut, das durch die Einschränkung der Meinungsfreiheit geschützt werden soll.

a) „Unentbehrlich“

aa) „Notwendig“ bei nicht-kommerzieller Sprache

„Unentbehrlich“ ist etwas anderes als „notwendig“; deshalb handelt es sich um eine fast irreführende Übersetzung der französischen und englischen, authentischen Texte, die „necessary“ oder „necessaire“ verwenden.¹⁶² Im Barthold-Fall hat der EGMR diese „Notwendigkeit“ weiterhin im Sinne eines Übermaßverbots konkretisiert: für den Eingriff müsse (selbstverständlich zusätzlich zu den bereits geschilderten Zielerfordernissen) ein „*dringendes gesellschaftliches Bedürfnis*“ bestehen („*pressing social need*“). Die Vertragsstaaten haben *dann* einen *Beurteilungsspielraum*, wobei der EGMR es sich vorbehält, die Letztentscheidung darüber zu treffen,

- ob der Eingriff geeignet ist, dieses Bedürfnis zu befriedigen;
- ob er im Verhältnis zum verfolgten Ziel verhältnismäßig ist und
- ob die Gründe, die vorgegeben sind, relevant und ausreichend sind¹⁶³.

bb) „Notwendig“ bei kommerzieller Sprache

Diesen Beurteilungsspielraum hat der EGMR in der „markt-intern“-Entscheidung gegenständlich erweitert, indem er auf das „*dringende gesellschaftliche Bedürfnis*“ *verzichtet hat* und die Überprüfung darauf beschränkt, ob die Eingriffe

*im Grundsatz zu rechtfertigen und verhältnismäßig sind*¹⁶⁴.

In der Entscheidung „Casado Coca“ hat er diesen Beurteilungsspielraum *temporal erweitert*, indem er es für notwendig befunden hat, festzustellen, ob in der „der streitgegenständlichen Zeit („material time““) eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums“¹⁶⁵

vorlag. Diese beschränkte Prüfung, die dazu geführt hat, daß der EGMR im Ergebnis bisher keine mitgliedstaatliche Beschränkung der kommerziellen Spra-

162 So auch EGMR Urt.v.7.12.1976 Handyside § 48 EuGRZ 1977, 38, 41.

163 EGMR Urt.v.25.3.1985 Barthold/ Bundesrepublik Deutschland Series A: Judgement and Decisions, Vol. 90 §55. Zur Qualifizierung dieses Beurteilungsspielraumes als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes G. H. Gornig, Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte, 1988, S. 299 f.

164 EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) § 33 "whether the measures taken under national level are justifiable in principle and proportioned".

165 a.a.O. § 56.

che¹⁶⁶ als konventionswidrig bewertet hat, verdeutlicht, daß *nur* die Übersetzung „*notwendig*“ zutreffend ist. Explizit hat der EGMR die Komplexität und Flexibilität, die der Wettbewerb und die Werbung¹⁶⁷ aufweisen, als Grund für diese Erweiterung des Beurteilungsspielraumes angegeben.¹⁶⁸ Die EMRK legt damit – wie das amerikanische Verfassungsrecht – einen „lesser protection approach“ für „commercial speech“ zugrunde. Diese fallgruppenorientierte Kategorisierung des Beurteilungsspielraums bei „informations of commercial nature“ ist in der EGMR-Rechtsprechung nur ein Baustein einer Fallgruppensystematik. Die bereits erwähnte Entscheidung zum Vertrieb eines pronographischen Videos differenziert ähnlich dem BVerfG zwischen „politischer“ Sprache sowie „Erörterungen über Fragen von öffentlichem Interesse“,¹⁶⁹ bei denen ein enger Beurteilungsspielraum anzunehmen ist. Für Sprache, die die Moral und die „Rechte anderer“ betrifft, wird der Beurteilungsspielraum in dieser Entscheidung erweitert. Diese Erweiterung könnte für Fall II a (HIV-Positiv) dazu führen, daß auch der weite Beurteilungsspielraum der kommerziellen Sprache noch einmal erweitert wird.

b) „*In einer demokratischen Gesellschaft*“

aa) Welche „demokratisch(en) Gesellschaft(en)“

Es könnte sich um ein zusätzliches Korrektiv für den staatlichen Beurteilungsspielraum handeln. Denn selbst wenn der Eingriff zwar in einer einzelstaatlicher Perspektive „notwendig“ ist, könnte er, in einer „abstrakten“ demokratischen Gesellschaft, nicht gerechtfertigt sein. Sehr fraglich ist, wie denn der Maßstab „demokratische Gesellschaft“ methodisch ermittelt werden soll – insbesondere, ob es auf den Stand der Demokratizität *in einem*, der Mehrheit oder nahezu allen Vertragsstaaten ankommen soll.¹⁷⁰ In der Entscheidung „Casado Coca“ führt das Ergebnis der Rechtsvergleichung¹⁷¹ zu einer temporalen Ausweitung des mitgliedstaatlichen Beurteilungsspielraums:

166 Im Fall Barthold handelt es sich nach hier vertretener Ansicht um eine Vermischung aus ideeller, medialer und kommerzieller Sprache.

167 EGMR Urt.v.24.2.1994 Casado Coca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A S. 20 § 50.

168 So auch EGMR Urt.v.23.06.1994 Jakubowski/Deutschland, § 26, NJW 1995, 857 f.

169 EGMR Urt.25.11.1996 Wingrove/Vereinigtes Königreich 1996 -V, 1957 f § 58 m.w.N.

170 Hierzu G. H. Gornig, Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte, 1988, S. 300ff, der auf ein gemeinsames Demokratieverständnis der Europaratstaaten abstellen will, und trotzdem einen feststehenden Inhalt des Begriffs verneint. Er schlägt eine Indiz- und Argumentationslastregel vor: Sobald in den übrigen Staaten des Europarats Eingriffe wie der streitgegenständliche nicht festzustellen wären, könne dies ein Indiz dafür sein, daß sie in einer demokratischen Gesellschaft entbehrlich sind (S. 305). Grundsätzlich sei eine unter sämtlichen Vertragsstaaten feststellbare Übereinstimmung Voraussetzung; die Mehrheit dürfe der Minderheit ihren demokratischen Standard nicht aufkotroyieren (S. 304). So auch K.Hailbronner, Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft, in: Festschrift für H.Mosler, 1983, S. 359, 369 ff (375).

171 EGMR Urt.v.24.2.1994 Casado Coca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A S. 21 § 55.

„Die große Bandbreite der Regeln und die unterschiedlichen *Novellierungsbemühungen* in den Europaratsstaaten weisen auf die Komplexität der Materie hin“.¹⁷²

Der EGMR zieht daraus zwei Konsequenzen:

- (1) Bei einem Werbeverbot, das nahezu jede wahrheitsgemäße Werbung umfaßt, betont der Gerichtshof, daß die konkrete Werbung wie auch die (Rechts)Güter, zu deren Gunsten sie verboten werden soll, sowie der vorgelegte Fall in Gänze genau geprüft werden muß („closely scrutinized by the Court“).¹⁷³ Diese Ausführungen *deuten* darauf hin, daß bei *Werbeverboten* der ursprünglich angenommen weite Beurteilungsspielraum empfindlich verkleinert werden kann.
- (2) Wenn aber feststellbar ist, daß in den Mitgliedsstaaten unterschiedliche *Werbereregime* bestehen, *und* der einschränkende Staat inzwischen *Liberalisierungsbemühungen* unternommen hat, dann kann der EGMR zu dem Schluß kommen, daß in der streitgegenständlichen Zeit („material time“) eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums nicht gegeben ist.¹⁷⁴

Als Grund für diese auch zeitorientierte Beurteilung des Beurteilungsspielraums kommen vier Argumente in Betracht:

- (1) *Flexibilität*. Das Wettbewerbs- und Medienrecht muß auf technische wie strategische Neuerungen reagieren können.
- (2) *Living Instrument*. Die EMRK ist nach der Rechtsprechung des EGMR grundsätzlich zeit- und effektivitätsorientiert zu interpretieren,¹⁷⁵ bei einem Rechtsgebiet, das von neuen Herausforderungen geprägt ist, muß dies in besonderem Maße gelten.
- (3) *Ergänzende Funktion der EMRK*. Die EMRK überprüft das existierende Recht der Mitgliedsstaaten; sie ist daher komplementär und subsidiär und kann sich deshalb auf die Überprüfung des Handelns der Mitgliedstaaten beschränken¹⁷⁶
- (4) *„Verschulden“ des Mitgliedsstaats*. Der EGMR hat sich in einer früheren Entscheidung dem Ansatz der EMRK, die eine Verletzung des Beurteilungsspielraums nur dann annehmen wollte, wenn der Mitgliedstaat sich nicht auf „reasonableness and good faith“ berufen könne, verwehrt.¹⁷⁷ Ein Abstellen auf die subjektive Komponente von Treu und Glauben, des „good faith“ („bonne foi“) ist beim EGMR nicht feststellbar. Im Bereich der kommerziellen Sprache, die anders als die politische Sprache nicht von einem Konkurrenzverhältnis von Staat und Privaten geprägt ist – der Staat macht Politik

172 a.a.O. "The wide range of regulations and the different rates of change in the Council of Europe's member States indicate the complexity of the issue."

173 a.a.O. § 51.

174 a.a.O. § 56.

175 Skeptisch K.Hailbronner, Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft, in: Festschrift für H.Mosler, S. 390 Fn. 48, der dem EGMR keine rechtspolitische Funktion beimessen will. Anders E.Brems, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 1996, 240, 302 ff, die den Beurteilungsspielraum - und damit auch den Zeitaspekt - als grundsätzlichen Respekt vor dem "kulturellen Relativismus" in den Vertragsstaaten schildert.

176 So schon EGMR Urt.v.26.4.1979 Times Newspaper Ltd. /Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 38 ff § 48.

177 EGMR Urt.v.26.4.1979 Times Newspaper Ltd. /Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 38 ff § 47.

aber keine Produkte – mag das Verschuldenskriterium mitbestimmend dafür sein,¹⁷⁸ daß ein weiter Beurteilungsspielraum zugrundegelegt wird.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß die Ausweitung des Beurteilungsspielraums bei kommerzieller Sprache wahrscheinlich mehrere Gründe hat. Die Bewertung in der Literatur ist zwiespältig. Eine Meinung betont die Notwendigkeit des weiten Beurteilungsspielraums, damit der EGMR nicht zur wettbewerbsrechtlichen „Superrevisionsinstanz“ wird.¹⁷⁹ Eine andere Meinung bemängelt, daß die Weite des Beurteilungsspielraums der informationsfreiheitlichen Bedeutung der kommerziellen Sprache insbesondere im Fall „Markt-intern“ nicht Rechnung trage.¹⁸⁰ Begründet wird diese Auffassung mit einem neueren Argument: aus dem Gemeinschaftsrecht ergäbe sich das Leitbild des „mündigen Verbrauchers“ und dieser durch Information mündig gewordene Verbraucher müsse als gemeinschaftsrechtlicher Standard zu einer Verengung des Beurteilungsspielraums führen.¹⁸¹

bb) Gemeinschaftsrecht als „demokratischer Standard“?

Abgesehen davon, daß man sehr wohl darüber streiten könnte, ob es ein generelles Bild des „mündigen Verbrauchers“ im Gemeinschaftsrecht überhaupt gibt und sich insbesondere in Hinblick auf die „Keck-Hünermund-Ratio“ die Frage aufdrängen muß, wieweit das gemeinschaftsrechtliche Primärrecht hier gerade unterschiedliche Verbraucherleitbilder in den Mitgliedstaaten (wieder) tolerieren will, befremdet die Implementation des Gemeinschaftsrechts in Art. 10 EMRK. Zum einen drängt sich die bereits geäußerte „Mehrheits“ und Minderheitsproblematik auf; zum anderen offeriert das Gemeinschaftsrecht gerade bei der kommerziellen Sprache der Werbung eben keinen „äußerungs-, informations- oder meinungsfreiheitlichen Schutz.“¹⁸² Jedenfalls für den Schutz der Werbung fehlt deshalb hier die Implementations- und Vergleichsgrundlage. Die EMRK schützt die Werbung informationsfreiheitlich (Art. 10 Abs. 1 EMRK) und kann deshalb beim effektiven Garantiebereichs nicht eine Rechtsordnung mit zumindest prozeduraler Determinanz beteiligen, die diesen äußerungsfreiheitlichen Schutz nicht kennt.

Festzuhalten bleibt, daß das Kriterium „in einer demokratischen Gesellschaft“ das Einfallstor für die Rechtsvergleichung im Konventionsrecht ist. Es hat damit durchaus Konturen und eigenständige Aussagekraft. Welche Determinanz die

178 Ch.Callies, Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität: Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art. 10 EMRK, EuGRZ 1996, 293 f.

179 Ch.Krüger, Von "Club X" zu "Jacobwoski", GRUR 1996, 252 f.

180 Ch.Callies, Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität: Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art. 10 EMRK, EuGRZ 1996, 293, 298.

181 Ch.Callies, Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität: Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art. 10 EMRK, EuGRZ 1996, 297.

182 Siehe im 6.Kapitel II und III.

EMRK für das deutsche Werberecht aus der vertragsstaatlichen Sicht zu gewinnen vermag, soll der folgende Abschnitt klären.

V. Bedeutung eines konventionsrechtlichen, „meinungsfreiheitlichen“ Werbungsschutzes für das Recht in Deutschland

1. Kollisionslage zwischen meinungsfreiheitlichem Werbungsschutz in EMRK und GG?

Eine Kollisionlage bestünde, wenn EMRK und Grundgesetz an denselben Sachverhalt widersprüchliche Rechtsfolgen knüpfen und eine Kollisionsregel nicht besteht. Es sind zwei Konstellationen denkbar:

- (1) Die Untersagung von kommerzieller Sprache – insbesondere Werbung – (bspw. im Rahmen von § 1 UWG) wäre konventionsgemäß, aber grundrechtswidrig. Hier trifft die EMRK mit Art. 60 EMRK selbst eine Regelung, die unterschiedliche Rechtsfolgen ausschließt, weil
„Keine Bestimmung dieser Konvention ...als Beschränkung oder Minderung eines der Menschenrechte und grundsätzlichen Freiheiten ausgelegt werden darf, die in den Gesetzen eines Hohen Vertragsschließenden Teils... festgelegt sind.“¹⁸³
- (2) Übrig bleibt damit nur noch eine Konstellation: die Untersagung von kommerzieller Sprache – insbesondere Werbung – (bspw. im Rahmen von § 1 UWG) wäre *konventionswidrig*¹⁸⁴, *aber grundrechtsgemäß*. Als Beispiel bietet sich Fall VI an – weil (nur) er den unmittelbar produktinformierenden Charakter hat, den der EGMR als Voraussetzung der Eröffnung des Schutzbereichs verlangt.¹⁸⁵

An die Feststellung der *Möglichkeit unterschiedlicher Rechtsfolgen* schließt sich die Frage nach der *Existenz einer Kollisionsregel* an. Die Kollisionsregel könnte

183 Der Wortlaut der Vorschrift ist enger als die Teleologie und erstreckt sich deswegen auf "sonst gewährte Rechte", seien sie einfachgesetzlich oder grundrechtlich (so im Ergebnis auch Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1985, Art. 60 EMRK). Auf die Frage, ob es sich beim Schutz von Werbung um ein "Menschenrecht" oder "eine Grundfreiheit" im juristisch-technischen Sinne handelt, kommt es deshalb nicht an.

184 Insoweit wären die Gerichte bei der Konkretisierung gezwungen, EMRK-konform § 1 UWG zu konkretisieren. Das Verfassungsrecht würde eine solche Auslegung vielleicht ermöglichen, nicht aber verlangen (Keine Entscheidungsdeterminanz des Verfassungsrechts).

185 Voraussetzung ist dabei, daß die EMRK überhaupt für die Konkretisierung und Überprüfung von privatrechtlichen Generalklauseln verwendbar ist, also über zumindest *mittelbare Drittwirkung* verfügt. Das ist in der Rechtsprechung des EGMR (In den "Markt-intern" und "Barthold"-Entscheidungen) unterstellt worden. Von der früheren Zurückhaltung der EKMR berichtet U.Hoffmann-Remy (Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8 - 11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1976, S. 83 ff) der eine unmittelbare Drittwirkung ablehnt. Gerade bei Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK bezieht sich die EMRK auf die Äußerungsfreiheit "ohne Eingriffe von Behörden." Eine Meinung, *die jede Art von Drittwirkung* ablehnt, müßte den EMRK-Wortlaut insoweit als "überflüssig" qualifizieren (so U.Hoffmann-Remy, S. 164). Die mittelbare Drittwirkung bejaht auch K. Preslmayr, Vergleichende Werbung und Äußerungsfreiheit gem. Art.10 EMRK, EuGRZ 1985, 221, 224.

in einem Vorrang des Verfassungsrechts (des Grundgesetzes) vor einfachem Gesetzesrecht (EMRK) aufgrund der Normenhierarchie bestehen. *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit* von Werbebeschränkungen und -verboten *würde in einer innerstaatlichen Betrachtung – der EGMR würde dies sicher verurteilen – die Konventionswidrigkeit derogieren.* Die Voraussetzung für diese Kollisionsregel ist, daß die EMRK gegenüber dem Grundgesetz nicht gleich- oder vorrangig ist.

2. *Verfassungsrang der EMRK?*

a) *EMRK als allgemeine Regel des Völkerrechts (Art.25 GG)*

Bei der EMRK handelt es sich nicht um eine „allgemeine Regel des Völkerrechts“, sondern um auf die Vertragsstaaten beschränktes, völkerrechtliches Vertragsrecht.¹⁸⁶ Der meinungsfreiheitliche Schutz von Werbung gehört auch nicht zu *den* elementaren Menschenrechten, die Bestandteil des universellen Völkergewohnheitsrechts sind. Auf die Streitfrage, welche Bedeutung der übergesetzliche

186 Die wohl überwiegende Meinung (anderer Meinung allerdings A. Bleckmann, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994, 149, 152, 155, der sich nach eigenem Verständnis als Mindermeinung sieht) lehnt einen Verfassungsrang der EMRK ab, auch wenn ein Überblick über die Integration der EMRK in den einzelnen Vertragsstaaten unterschiedliche Ergebnisse zeigt und insbesondere in Österreich die EMRK Verfassungsrang hat (P. Kirchhoff, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?, EuGRZ 1994, 16, 26; R. Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, 64 ff;). Das Hauptargument für einen Verfassungsrang ist bei W. Kleeberger, Die Stellung der Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1993 die Geltung der lex posterior-Regel im Verhältnis zu einfachem Bundesrecht (S.12, f und S. 160 f). Gegen die Meinung Kleebergers spricht, daß das Grundgesetz im Rahmen von Art. 25 und 1 Abs. 2 GG eine konkrete Qualifizierung von bestimmten Völkerrecht vornimmt, die daneben einen konkretisierenden, pauschalen Geltungsanspruch für einen gesamten Vertrag nicht notwendig machen. Darüberhinaus ist eine grundsätzlich andere Behandlung der EMRK im Vergleich zu sonstigem Völkervertragsrecht nicht berechtigt.

Demgegenüber stützt A. Bleckmann seine Kritik auf die materielle Wirkung der EMRK als Auslegungshilfe im deutschen Verfassungsrecht, wie auch bei der Entwicklung von europäischen Grundrechten (Art. F Abs.2 EUV). Bei der gemeinschaftsgrundrechtlichen Entwicklung hätten EMRK-Bestimmungen mittelbar am Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem deutschen Verfassungsrecht Anteil; dies stelle einen Systembruch zur Geltung der EMRK als einfachen Bundesgesetz dar (Bleckmann, S.150). Bei dieser Argumentation ist aber wohl nicht berücksichtigt, welche unterschiedliche Ausprägung - je nach befaßtem Rechtsprechungsorgan und Normkontext - die EMRK haben kann; siehe z. B. die bereits angesprochene Entscheidung des EuGH Urt.v.4.10.1991 *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd./St.Grogan* Rs.C-159/90 Slg.1991 4685 und EGMR Urt.v.29.10.1992 *Open Door and Dublin Well Woman/Irland*, NJW 1993, 773, wo für eine irische Beschränkung von Presseberichterstattung der EUGH seine Zuständigkeit abgelehnt, der EGMR im Ergebnis die Beschränkung als konventionswidrig qualifiziert hat (Anderer Ansicht Ch.Langefeld/A.Zimmermann, Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Verfassungsrecht, ZaöRV 1992, 259, 311 ff). Selbst wenn aber der EuGH sich in zu konkretisierenden Fallgestaltungen zu einer unmittelbaren Anwendung der Konvention entschlösse und deshalb "Kongruenz" der konventionsgemäßen und gemeinschaftsrechtlich vermittelten Geltung bestünde, wäre dieser Gedanke für die hier zu entscheidende Frage des meinungsfreiheitlichen Schutzes kommerzieller Sprache nicht einschlägig. Das gemeinschaftsrechtliche Argument spielt keine ausschlaggebende Rolle, weil die **meinungsfreiheitliche Grundrechtsrechtssprechung** des EuGH zur Werbung (bisher) nicht existiert.

Rang gem. Art. 25 S.2 GG hat, kommt es deshalb für den konventionellen, informationsfreiheitlichen Schutz von Werbung nicht an.¹⁸⁷ Ein informationsfreiheitlicher Schutz von kommerzieller Sprache – insbesondere Werbung – der in einem völkerrechtlichen Vertrag wie der EMRK verbürgt ist, nimmt am Rang des nach Art. 59 Abs.2 GG erforderlichen Zustimmungsgesetzes zur EMRK – also eines Bundesgesetzes – teil.

b) *Bekanntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (Art.1 Abs.2 GG)*

Die Wirkung des Bekenntnisses als

- (1) Aufnahme in die Verfassung als *Verfassungsrecht*,
- (2) *Motivangabe* für den nachfolgenden Grundrechtskatalog oder
- (3) *Hinweis* auf den vorstaatlichen Kern der dort garantierten Rechte – ist umstritten.¹⁸⁸

Beim informationsfreiheitlichen Schutz kommerzieller Sprache – insbesondere der Werbung – müßte es sich um die Gewährleistung unverletzlicher und unveräußerlicher Menschenrechte handeln. Zwar wird Art.1 Abs.2 als Blankettverweisung auf internationale Rechtsstandards begriffen¹⁸⁹. Allerdings müsse *im Einzel-*

187 Th. Maunz, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art.25 Rn.25.

188 Zu Art.1 Abs.2 GG: P.Kirchhof, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?, EuGRZ 1994, 16, 26 f; H.Dreier, Art. 1 Rn. 15, in: derselbe (Hrsg.): Grundgesetzkommentar, 1996 gegen die Zubilligung eines Verfassungsrangs der EMRK durch Art. 1 Abs. 2 GG.

189 E. Denninger, in: Alternativkommentar, Art.1 Rn.11, der zur Ermittlung dieser Menschenrechte auf die EMRK zurückgreifen will. Nicht zur Auslegung herangezogen werden soll - nach Auffassung Denningers - der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (BGBl. 1976 II, 1068), da die Internationalen Pakte einen fortgeschrittenen, teilweise als ideal zu bezeichnenden und deshalb eher in der Zukunft zu verwirklichenden Rechtszustand beschreiben würden.

Dieser Argumentation kann in Bezug auf Art.19, der Verankerung der Meinungsfreiheit, nicht gefolgt werden, wie allein der Wortlaut der Norm die Beschreibung des Ist-Zustandes fordert (Wortlaut in der nicht verbindlichen deutschen Fassung (Art.53 IPbürgR)):"

(1) Jedermann hat das Recht auf ungehinderte Meinungsfreiheit.

(2) Jedermann hat das Recht auf freie Meinungsäußerung; dieses Recht schließt die Freiheit ein, ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen oder Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben.

(3) Die Ausübung der in Abs.2 vorgesehenen Rechte ist mit besonderen Pflichten und einer besonderen Verantwortung verbunden. Sie kann daher bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die erforderlich sind (aa) für die Achtung der Rechte oder des Rufes anderer; (bb) für den Schutz der nationalen Sicherheit der öffentlichen Ordnung (ordre public), der Volksgesundheit oder der öffentlichen Sittlichkeit

Auch der von Denninger erhobene Einwand, Art.5 Abs.2 IPbürgR unterscheide zwischen grundlegenden Menschenrechten und Rechten, die im Pakt verliehen seien, überzeugt nur mittelbar, weil es sich teleologisch um eine Schutzklausel zugunsten bestehender Rechte handelt. Damit ist eine Teilidentität von Menschenrechten und im Pakt verliehenen Rechten nicht ausgeschlossen. Soweit es den meinungsfreiheitlichen Schutz kommerzieller Sprache betrifft (bejahend die beiden Entscheide des UN-Menschenrechtsausschusses: Views v. 31.3.1993 CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989; Communications Nr.359/1989 and 385/1989 J.Ballantyne and E.Davidson, and G.McIntyre; dazu unter ...), fehlt es aber auch bei dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte am menschenrechtli-

fall geprüft werden, ob das garantierte Recht Menschenrecht im Sinne von Art.1 Abs.2 sei. Hier wird man wiederum auf einen Mindeststandard rekurrieren müssen¹⁹⁰, weshalb der *informationsfreiheitliche Schutz von Werbung* hierunter nicht fällt.

3. *EMRK als Grundlage gemeinschafts- und unionsrechtlicher (Grund-)Rechte mit Anwendungsvorrang im deutschen Recht*

a) *Eröffnung des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsgrundrechte*

Art. F Abs. 2 EUV verweist für die Europäische Union auf die EMRK und die EuGH-Rechtsprechung macht die EMRK zur Konkretisierungshilfe für die Gewinnung von Gemeinschaftsgrundrechten.¹⁹¹ Aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, an dem auch die in richterlicher Rechtsfortbildung gewonnenen (Grund-)Rechte teilhaben, läßt sich eine grundsätzliche Verpflichtung deutscher Gerichte zur Anwendung der EMRK in *ihrem unions- oder gemeinschaftsrechtlichen Gewand* bei der Beurteilung der „Handlungen“ *deutscher hoheitlicher Gewalt*¹⁹² nicht herleiten. Etwas anderes gilt für die Beurteilung von *Handlungen der Unions- und Gemeinschaftsorgane sowie der Mitgliedstaaten, die im Vollzug von Gemeinschaftsrecht handeln*.¹⁹³ Diese „Handlungen“ könnten bei einer Vorlage an den EuGH auch hinsichtlich der Wahrung der *gemeinschaftsgrundrechtlichen Rechtssätze* (Art. 177 Abs.3 EGV) geprüft werden. *Im Rahmen dieser Gemeinschaftsgrundrechte* wird dann die EMRK geprüft. Bei der kommerziellen Sprache, insbesondere der Werbung, fehlt es an einer insoweit konstitutiven EuGH-Rechtsprechung, die einen „meinungsfreiheitlichen Schutz“ von Werbung anerkennt. Insoweit ist eine Kollisionslage zwischen grundrechtlich beschränkter Werbefreiheit und größerer gemeinschaftsgrundrechtlicher Werbefreiheit, *die von der EMRK mitbeeinflusst wird*, nicht ersichtlich. An faktischer Relevanz gewänne dieses Szenario dann, wenn die EGMR-Rechtsprechung den EuGH bei der Entwicklung der Gemeinschaftsgrundrechte binden würde. Der EuGH müßte dann – entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung – wegen des

chen Mindest-Gehalt (siehe zur ähnlichen Beurteilung für eine andere Bestimmung des Paktes durch den EuGH Urt.v.17.2.1998 Rs.C-249/96 L.J.Grant/South-West Trains Ltd.NJW 1998, 969, 971, Tz.46 ff.) Differenzierter zu einem "Grundbestand von Menschenrechte" (S. 89 f) , wie zur "Regonlisierung des Menschenrechtsschutzes" (S. 73 ff) und zur Durchsetzung der völkerrechtlichen Pakte wie auch der EMRK E. Denninger, Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, S. 92 ff, in: Menschenrechte und Grundgesetz, 1994.

190 G. Dürig, in: Maunz-Dürig, Art.1 Abs.2 Rn.58ff.

191 Siehe im 6.Kapitel II.

192 Die EMRK als Konkretisierungsgrundlage der Gemeinschaftsgrundrechte - also die gemeinschaftsrechtlich vermittelte Geltung - ist nur beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten einschlägig. M.Ruffert, Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte, EuGRZ 1995, 518, 528. Th.Jürgensen/I.Schlünder, EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AÖR 121 (1996), 200, 213 ff.

193 Ch.Langenfeld/A.Zimmermann, Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Verfassungsrecht, ZaöRV 1992, 259, 299, 303 ff.

Vorrangs der EMRK den „informationsfreiheitlichen Gehalt“ von Werbung berücksichtigen.

b) *Vorrang der EMRK vor den „Gemeinschaftsgrundrechten“?*

Ein Beispiel einer „Kollisionslage“ zwischen Gemeinschaftsrecht und EMRK wäre, daß

„die Mitgliedstaaten¹⁹⁴ in Ausführung zwingenden Gemeinschaftsrechts¹⁹⁵ und unter Verstoß gegen die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR handeln.¹⁹⁶

Ein solches Szenario ist beim Tabakwerbeverbot nicht ausgeschlossen. Die Mitgliedstaaten müssen das gemeinschaftsrechtliche Tabakwerbeverbot umsetzen, und – unterstellt der EuGH bejaht die Wahrung der Gemeinschaftsgrundrechte und der EGMR würde einen Verstoß gegen die EMRK¹⁹⁷ feststellen – dann wäre die Bundesrepublik gemeinschaftsrechtlich verpflichtet konventionswidrig zu handeln.

aa) *Vorrang der EMRK vor den „Gemeinschafts(grund)rechten“ – die Perspektive der Gemeinschaften*

Bei dem obigen Szenario handelt es sich um einen möglichen Auslegungskonflikt zwischen EuGH und EGMR. Von einigen Meinungen wird ein Vorrang der EMRK (und ihrer Auslegung durch den EGMR) gegenüber dem Gemeinschaftsrecht behauptet.¹⁹⁸ Die einschlägige Kollisionsregel wäre damit die „Normenhierarchie“. Im wesentlichen werden zwei Argumente vorgebracht: Durch die gemeinschaftsrechtliche Einbeziehung der EMRK in die Rechtskonkretisierung der Gemeinschaftsgrundrechte wie auch durch Art. 234 EGV habe das Gemeinschaftsrecht den Vorrang der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in der EMRK akzeptiert. Beide Argumente überzeugen nicht.

(1) *Die ständige Rechtsprechung des EuGH, die die EMRK als nur eine Grundlage für die Konkretisierung der Gemeinschaftsgrundrechte nennt¹⁹⁹, entzieht*

194 Die Gemeinschaftsorgane selbst sind nicht an die EMRK gebunden, weil sie ihr nicht beigetreten sind. So bereits EKMR Entsch.v.10.7.1978 Confédération Française Démocratique du Travail/EG, hilfsweise die gegen die Geamtheit der Mitgliedstaaten und gegen die einzelnen Mitgliedstaaten DR 13, 231, 239 = EuGRZ 1979, 431.

195 Wenn es sich um "nicht zwingendes Gemeinschaftsrecht" handelt, kann eine konventionsgerechte Auslegung der Entstehung einer Kollisionslage vorbeugen.

196 St.Gerstner/B.Goebel, Grundrechtsschutz in Europa, Jura 1993, 626, 632 f.

197 Wenn der äußerungsfreiheitliche Schutz auch auf "suggestive Werbung" erstreckt wird.

198 Ch.Langefeld/A.Zimmermann, Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Verfassungsrecht, ZaöRV 1992, 259, 305 f unter Hinweis auf Th.Giegerich, Luxemburg, Karlsruhe, Straßburg - Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa, ZaöRV 50 (1990), 836, 854.

199 Siehe im 6.Kapitel II 1.A.Drzemczewski, The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law, ICLQ 30 (1981), 119, 128 ff. Einen Verweis auf die EMRK im Rahmen der Schranken von Art. 48 EGV enthält bereits EuGH Urt.v.28.10.1975 R.Rutili/Minister des Inneren, Slg. 1975, 1219,1232 Tz. 32; einen Überblick über die Zitierung der EMRK durch den EuGH bietet P.Pescatore, La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme, S.

der Vorrangthese den Boden. Auch Art. F Abs.2 EUV verpflichtete die Europäische Union zur Achtung der Menschenrechte,

„wie *sie in der* am 4.11.1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie *sich* aus dem gemeinsamen *Verfassungsüberlieferungen* der Mitgliedstaaten *als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts* ergeben.“

Die *Gemeinschaften* sind der EMRK nicht beigetreten und deshalb kann die EMRK nach hier vertretener Ansicht keinen Vorrang vor dem Gemeinschaftsrecht haben.²⁰⁰

(2) Der Hinweis auf Art. 234 Abs. 1 EGV überzeugt nicht.

„Art. 234 Abs. 1 EGV betrifft nur das völkerrechtliche Verhältnis der Mitgliedstaaten und bewirkt keine Einschränkung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsetzungsbefugnisse.“²⁰¹

Die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, die vor dem Inkrafttreten der Verträge begründet wurden, gehen nicht auf die Gemeinschaft über. Die Gemeinschaft kann (Sekundär)Recht – Tabakwerbeverbote – erlassen, das im Widerspruch zu diesen vorgemeinschaftlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten steht.²⁰² Die Gemeinschaft darf dieses Recht nicht in einer Weise durchsetzen, die die Mitgliedstaaten zum Vertragsbruch zwingt. Art. 234 Abs. 1 EGV gewährt den Mitgliedstaaten eine zeitlich befristete Einrede gegen den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und überläßt ihnen so die Entscheidung, ob sie diese Einrede erheben oder sich etwa vom EGMR wegen der Konventionswidrigkeit des mitgliedstaatlichen Vollzugs von Gemeinschaftsrechts verurteilen lassen. Einen Vorrang der völkerrechtlichen Verpflichtungen vor dem Gemeinschaftsrecht akzeptiert das Gemeinschaftsrecht so gerade nicht.

Der Bruch der EMRK durch die deutsche Umsetzung einer Tabakwerbeverbotsrichtlinie und ihrer Durchsetzung darf auch nicht vorschnell bejaht werden. Grundsätzlich erfaßt die Rechtsprechung des EGMR immer nur den Einzelfall und Literaturmeinungen verlangen bei nicht einstimmigen und klaren Entscheidungen des EGMR²⁰³ die Möglichkeit, Einwände des Vertragsstaats in einem

441- 447, in: F.Matscher/H.Petzold, Protection des droits de l'homme: la dimension européenne, Festschrift für G.Wiarda, 1990.

200 A.G.Toth, The European Union and the Human Rights: The Way forward, CML Rev.1997, 491, 494 zu Art. L EUV, der Art.F Abs. 2 EUV von der Prüfungskompetenz des EuGH ausnimmt und den Austritt aller Mitgliedstaaten der EG zugunsten eines Beitritts der Europäischen Gemeinschaften in die EMRK vorschlägt. Siehe auch EuGH Rs. 2/94 Gutachten nach Art. 228 Abs. 6 EGV v.28.3.1996 Slg. 1996, I-1759. Tz. 33 ff.

201 Ch. Vedder, Art. 234 Rn.5 in: Grabitz/Hilf, 1997.

202 Siehe dazu EuGH Urt.v.14.10.1980 J.Bugoa Slg. 1980, 2787, 2803 f; Ch. Vedder, Art. 234 Rn.5,14 in: Grabitz/Hilf, 1997.

203 Was bei der unterschiedlichen Bewertung der Gefährlichkeit des Tabakkonsums wie der Toleranz der Konsumententscheidung (des Süchtigen) vorhersehbar ist. Die "Markt-intern-Entscheidung" war höchst umstritten und wurde mit der Stimme des Präsidenten entschieden (dazu auch J.Frowein, 3 180 Rn. 60 f in: Handbuch des Staatsrechts, 7.Band, 1992.

späteren Verfahren nochmals vorzutragen.²⁰⁴ Bereits damit wird deutlich, daß der Konflikt des (Anwendungs)Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und der völkerrechtlichen Bindung der Bundesrepublik an die EMRK in dieser Frage nicht auf der Hand liegt. Selbst wenn man anderer Meinung ist, stellt sich nach Art. 234 Abs. 2 EGV die Frage einer „Nachverhandlungspflicht“ der Mitgliedstaaten. Diese Nachverhandlungspflicht zeigt, daß das Gemeinschaftsrecht gerade nicht die *dauerhafte* Koexistenz abweichender Gewährleistungen der EMRK für die Mitgliedstaaten akzeptieren würde.²⁰⁵ Nach angemessener Frist würde das Gemeinschaftsrecht jedenfalls aufhören, die Einrede des Mitgliedstaats für beachtlich zu halten. Der gemeinschaftsrechtliche Gerichtsbarkeit würde dann das Gemeinschaftsrecht durchsetzen. Einen Vorrang der EMRK akzeptiert das Gemeinschaftsrecht damit nicht.

bb) Vorrang der EMRK vor den „Gemeinschafts(grund)rechten“ – die Perspektive der Mitgliedstaaten

Für die Mitgliedstaaten bleibt *eine* mögliche Kollisionslage, wenn sie *gemeinschaftsrechtlich determinierte* Verbote der („informativen“²⁰⁶) Tabakwerbung umsetzen und vollstrecken müßten und *diese* Werbeverbote ebenso grundrechtsgemäß nach deutschem und Gemeinschaftsrecht wären wie konventionswidrig. Diese Kollisionslage suchte die EKMR in der Vergangenheit durch eine prozessuale „Lösung“ zu vermeiden.

cc) Prozessuale Beschränkung der Prüfungskompetenz der EMRK-Organen

Die Lösung eines hypothetischen Kollisionsszenarios, die die *EKMR* zunächst anbot, war, wie vormals „Solange II“²⁰⁷, eine *prozessuale*: Die Gesuche gegen die Gemeinschaften und ihre Organe waren nach Auffassung der EKMR unzulässig („ratione personae“), weil die Gemeinschaften der EMRK nicht beigetreten sind. Weil die europäischen Gemeinschaften einen vergleichbaren Rechtsschutz wie die EMRK und ihre Organe böten („Äquivalenzformel“), waren auch Beschwerden gegen die Mitgliedstaaten („ratione materiae“) vor der *EKMR unzulässig, soweit sie Handlungen der Gemeinschaftsorgane betrafen*.²⁰⁸ Das Motiv der EKMR ist

204 Ch.Tomuschat, §172 Rn. 24 m.w.N. in: Handbuch des Staatsrechts, 7.Band, 1992.

205 So im Ergebnis auch J.Gundel, Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung, 1997, S. 468 Fn. 70, der Art. 234 EGV als auf die EMRK nicht "zugeschnitten" ansieht. Für Frankreich ist Art. 234 EGV nicht einschlägig, weil der Beitritt zur EMRK nach dem Beitritt zur EWG erfolgte. Siehe auch W.Weiß, Die Europäische Menschenrechtskonvention, der Grundrechtsstandard in der EU und das EG-Kartellverfahren, EWS 1997, 253, 255;

206 Hier bedürfte es einer Entscheidung, die die Information über die Existenz eines bestimmten Produkts, das gesundheitsschädlich ist, als von Art. 10 EMRK umfaßt sieht sowie die Erstreckung auf suggestive Werbung.

207 Siehe im 6.Kapitel I 2 c).

208 EKMR Entsch.v.9.2.1990 M.& Co/Bundesrepublik Deutschland Decisions and Rapports 64, 138, 145 begründet mit dem äquivalenten Schutz der Grundrechte auf Gemeinschaftsebene die Unzulässigkeit der Beschwerde (des Gesuchs vgl. Art. 26 ff EMRK). So auch im Ansatz zum Völkerrecht in K.E.Heinz/Vertragsstaaten, die zugleich Mitgliedstaaten des

deutlich: sie will es den Vertragsstaaten ermöglichen, völkerrechtliche Verträge abzuschließen und diese Abschlußkompetenz rechtstatsächlich nicht unzumutbar einengen. Die Entscheidungen wurden weitgehend so verstanden, daß nicht nur die *Mitwirkung der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaftsorgane* (etwa das Abstimmungsverhalten im Rat) sondern auch *gemeinschaftsrechtlich determinierte* Handlungen der Mitgliedstaaten (bei der Umsetzung und beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch mitgliedstaatliches Recht) außerhalb der Prüfungskompetenz der Konventionsorgane blieben.²⁰⁹ Der Einfluß der EMRK bei *gemeinschaftsrechtlich determiniertem Handeln* der Mitgliedstaaten konnte damit nicht durch die Prüfungs- und Sanktionskompetenz der Konventionsorgane bestimmt und gestärkt werden. Unter Zugrundelegung dieser Interpretation der Rechtsprechung entbehrte die Prüfung der EMRK im Kontext von Tabakwerbeverboten aus zwei Gründen der Ergebnisrelevanz. Zum einen wollen und können die Tabakhersteller nicht *informativ* werben: der Nikotingenuß ist so subjektiv suggestiv wie die gesundheitlichen Folgen statistisch objektiv feststellbar sind. Zum anderen fehlte es bei gemeinschaftlich determinierten Werbeverboten an der *Verletzung* der „Äquivalenzformel“, die die Beschränkung der Prüfungskompetenz des Konventionsorgane rückgängig machen könnte.

Zwei neuere Entscheidungen des EGMR deuten aber eine Modifizierung der „Äquivalenzformel“ an – jedenfalls soweit ein *Handeln der Mitgliedstaaten, das über den völkerrechtlichen Beitritt oder die Mitwirkung in den Gemeinschaftsorganen hinausgeht*, vorliegt:

- (1) *Beurteilung mitgliedstaatlichen Verfahrens bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht*. In der Entscheidung „Procola“²¹⁰ nahmen EKMR und EGMR wie selbstverständlich die Zuständigkeit für die Überprüfung des *mitgliedstaatlichen Verfahrens* der gemeinschaftsrechtlichen Milchquotenzuteilung an. Die Verletzung der Verfahrensrechte (Art. 6 EMRK) wurde erfolgreich gerügt. Das mitgliedstaatliche Verfahren war vom Gemeinschaftsrecht nicht geregelt; insoweit fehlte es an einer unmittelbaren Kollisionslage. Die Entscheidung verdeutlicht, daß das Handeln der Vertragsstaaten im „Dunstkreis“ des Gemeinschaftsrechts inzwischen sehr wohl von den Straßburger Organen geprüft wird.

Vertrages über das Europäische Parlament sind, Entsch.v.10.1.1994 Décisions et Rapports Vol. 76-B, 125, 128, wobei keine Äquivalenz des Menschenrechtsschutzes sondern die Gewährung von Verfahrensrechten verlangt wurde. Skeptisch zur Gewährung eines Blankowechsels an das Gemeinschaftsrecht J.P.Jacqué, The Convention and the European Communities, S. 889, 900, in: R.St. J.Macdonald u.a.: The European System for the Protection of Human Rights, 1993 und insbesondere unter Betonung der Lücke im Völkerrecht H.G.Schermers, Die Bedeutung der Menschenrechte für die internationalen Organisationen, S. 25, 38 -43, in: Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück (Hrsg.), Ansprachen aus Anlaß der Ehrenpromotion von H.Schermers am 16.7.1994, 1995.

209 Th.Giegerich, Luxemburg, Karlsruhe, Straßburg - Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa, ZaöRV 50 (1990), 836, 854; St.Gerstner/B.Goebel, Grundrechtsschutz in Europa, Jura 1993, 626, 632 f.

210 EGMR Urt.v.28.9.1995 Procola/Luxembourg Judgements and Decisions Vol. 326.

- (2) **Beurteilung der mitgliedstaatlichen Umsetzung von Gemeinschaftsrecht.** In der Entscheidung „Cantoni“²¹¹ rügte der Beschwerdeführer die Unbestimmtheit (Art. 7 EMRK) eines französischen Gesetzes. Der EGMR bemerkte, daß die Tatsache der nahezu *wörtlichen Übereinstimmung mit einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie* das französische Gesetz nicht aus dem Anwendungsbereich der EMRK entließe.²¹² *Im Ergebnis* hat der EGMR eine konventionswidrige Unbestimmtheit auch in Hinblick auf die konkretisierende EuGH-Rechtsprechung verneint. Der Kollisionsfall zwischen EMRK und Gemeinschaftsrecht ist damit noch nicht eingetreten.²¹³

Beide Entscheidungen bereiten darauf vor, daß der EGMR in Zukunft aufhören wird, seine Beurteilungskompetenz für das Recht der Vertragsstaaten, das zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts ergeht, unter Hinweis auf die „Äquivalenzformel“ zu beschränken. Gerade im Fall „Cantoni“ hätte der EGMR auf die gemeinschaftsrechtlichen Standards für die „Bestimmtheit“ des Rechts²¹⁴ verweisen können und unter Berufung auf die Äquivalenzformel die „Unzulässigkeit *ratione materiae*“ bejahen können. Er hat dies nicht getan und damit ist die Aufgabe der Äquivalenzformel nicht nur bei der *formalen* Gestaltung von gemeinschaftsrechtlich determiniertem Recht, sondern auch bei *seiner materiellen (Grund-)Recht(s)mäßigkeit* greifbar. Selbst unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung verspricht die Befassung Straßburgs wegen des suggestiven Charakters der Tabakwerbung, der negativen gesundheitlichen Wirkungen und der Weite des Beurteilungsspielraums²¹⁵ allerdings *im Ergebnis* keine Divergenz von Gemeinschaft- und Konventionsrecht.

4. **EMRK als Bundesgesetz und grundrechtliches Auslegungsargument für meinungsfreiheitlichen Werbungsschutz**

a) **EMRK als grundrechtliches Auslegungsargument**

Die EMRK begründet als einfaches Gesetz für den informationsfreiheitlichen Schutz von Werbung nicht selbständig die Verfassungsbeschwerde. Die größte Bedeutung der EMRK beruht deshalb auf ihrer Funktion als Auslegungsargument für die Grundrechte.²¹⁶ Die grundsätzlich einfachgesetzliche Geltung der EMRK²¹⁷ schließt nach Auffassung des BVerfG nicht aus, daß bei der „Aus-

211 EGMR Urt.v.15.11.1996 Cantoni/Frankreich Judgements and Decisions 1996-V, 1615, 1627 f §§ 28, 30.

212 § 30 "does not remove it from the ambit of Article 7 of the Convention".

213 *In der Literatur* wird die irische Information über Abtreibungadressen in England als ein solches Szenario angesehen: Ch.Langefeld/A.Zimmermann, Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Verfassungsrecht, ZaöRV 1992, 259.

214 Etwa EuGH Urt.v.23.5.1985 Rs. 29/84 Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Bundesrepublik Deutschland Slg. 1985, 1667, 1671 Tz.17 f; EuGH Urt.v.9.4.1987 Rs. 363/85 Kommission der Europäischen Gemeinschaften/ Italienische Republik Slg. 1987, 1733, 1743, Tz. 11.

215 Falls der EGMR den Schutzbereich des Art. 10 EMRK auch für suggestive Werbung eröffnete.

216 Eine unmittelbare Einklagbarkeit von Vertragsnormen der EMRK sowie des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vor dem BVerfG scheidet ebenfalls am fehlenden Verfassungsrang.

217 Ein anderer Literaturansatz ist die Verbürgung von Konventionsrechten im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG. Das hätte zur Folge, daß staatliche Eingriffe, die EMRK-widrig sind, nicht durch die "verfassungsmäßigen Ordnung" gerechtfertigt würden. Gegen diesen Ansatz spricht, daß für im Vergleich zur EMRK spätere Bundesgesetze der *lex posterior* Grundsatz gälte und insoweit die Einhaltung der Konvention nicht gewährleistet wäre. Dem soll durch eine Interpretation des Wesensgehalt von Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne einer Summe von Konventionsrechten begegnet werden. (Siehe hierzu kritisch K. P. Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung - die

legung des Grundgesetzes auch *Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen sind*...deshalb dient insoweit auch die Rechtsprechung des EuGH für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“²¹⁸.

Wie diese Auslegungshilfe im herkömmlich vierteiligen Auslegungskanon zu verankern ist, wird vom BVerfG nicht beantwortet. Es könnte sich um einen Anwendungsfall der systematischen Auslegung handeln.²¹⁹ Ein *generell* geltendes *Gebot der konventionsgemäßen Verfassungsauslegung*²²⁰ wird in der Literatur zwar verlangt, ist aber in der Rechtsprechung nicht nachgewiesen und auch abzulehnen. Es bedarf – über Art. 1 Abs. 2, 25 GG hinaus – *nicht* der Entwicklung einer völkerrechtlichen Interpretationsdogmatik für das Grundgesetz, sondern *im Rahmen* von Art. 1 Abs. 2, 25 GG einer konkret normorientierten und fallbezogenen Integration völkerrechtlicher Standards in grundrechtliche Normierungen. Jenseits dieser Vorschriften *kann und soll*²²¹ eine völkerrechtskonforme Auslegung Optionen eröffnen oder/und Ergebnisse bestätigen. Einer materiellen Verbindlichkeit²²² der völkerrechtskonformen Auslegung steht aber der explizit angeordnete, unterschiedliche Rang der Normen entgegen. Diese These der argumentativ-bestätigenden Funktion der EMRK für die Auslegung des Grundgesetzes

Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes - AÖR 114 (1989) 391, 409 f). Vorzugswürdig erscheint die Verankerung von EMRK-Rechten im Kontext paralleler Bestimmungen des Grundgesetzes, jedenfalls soweit diese existieren. Andernfalls wäre gerade für die Frage des äußerungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung, unterstellt der konventionsrechtliche Schutz geht über Art. 12 GG hinaus, der Schutz im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG größer als der Schutz nach Art. 12 GG. Dieses Ergebnis ist weder schrankensystematisch gerechtfertigt noch erfüllt es die gängigen Spezialitätskriterien, weil bei Eröffnung des speziellen Schutzbereichs der Art. 12 (und gegebenenfalls von Art. 5 GG) der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG sonst ausgeschlossen ist.

- 218 BVerfGE 74, 358, 370 zur Unschuldsvermutung als besonderer Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Ein weiteres Beispiel, wo das BVerfG völkerrechtliche Bindungen im Anschluß an die verfassungsrechtliche Prüfung bestätigend zur Begründung heranzieht ist BVerfGE 76, 1, 78ff zum Ausländerzuzugsrecht.
- 219 H. Seibert, Europäische Menschenrechtskonvention und Bundesverfassungsgericht, in: H. J. Vogel, H. Simon, A. Podlech, Die Freiheit des Anderen, Festschrift für Martin Hirsch, 1981, 519, 522, erkennt einen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, der eine grundrechtsintrovertierte Auslegung verbietet. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit wird aus der Präambel, Art.1 Abs.2, 9 Abs.2, 24 - 26 - und nunmehr auch Art. 23 GG - abgeleitet (S. 526). Ungeachtet des Ranges der EMRK darf eine solche Auslegung nicht zur Einschränkung der Menschenrechte und grundsätzlichen Freiheiten des Grundgesetzes führen (Art.60 EMRK)
- 220 K.P.Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung - die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes - AÖR 114 (1989) 391, 418, wo als Grenzen dieser menschenrechtskonformen Auslegung der mögliche Wortsinn sowie der erkennbare Zweck der Vorschrift genannt werden.
- 221 Vielleicht sogar im Sinne eine prozeduralen Imperativs, der bei der Auslegung der Verfassung die Kenntnis der völkerrechtlichen insbesondere der EMRK-rechtlichen "Vorgaben" verlangt.
- 222 Die von der prozessualen Durchsetzung vor dem EGMR mit den Sanktionen der Konvention zu trennen ist.

wirft die Frage nach ihrer Bedeutung für den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung (Art. 5 GG) auf.

b) *Art. 10 EMRK und der Schutz von Werbung nach Art. 12 GG oder Art. 5 GG*
Zunächst ist die Frage zu klären, ob Art. 10 EMRK für die Frage der Zuordnung des Schutzes von Werbung in **Art. 5 oder 12 GG** ein überzeugendes Argument sein kann. Anschließend ist festzustellen, inwieweit angesichts einer BGH-Rechtsprechung, die Werbung nur noch anhand von Art. 5 GG verfassungsrechtlich überprüft, **Art. 5 Abs. 2 GG** seinerseits konventionsgemäß ist oder einer konventionsgemäßen Auslegung bedarf.

aa) Art. 10 EMRK als entscheidendes Zuordnungsargument?

Das Ergebnis der „Auslegungshilfe“ der EMRK für das Grundgesetz könnte eine Zuordnung des Schutzes von Werbung zu Art. 5 GG – und nicht zu Art. 12 GG – sein. Das ist vermutlich das Ziel der Meinungen, die den informationsfreiheitlichen Schutz der Werbung in der EMRK konstatieren, zu der konkreten Bedeutung dieser Feststellung für das Grundgesetz aber nicht Stellung nehmen.²²³ Das besondere Problem besteht darin, daß nicht *eine* Grundgesetzschrift ausgelegt, sondern eine Entscheidung *zwischen zwei Grundrechten* getroffen werden müßte. Man könnte hier schon im Ansatz daran zweifeln, inwieweit diese abstrakte Schutzbereichszuordnung überhaupt von der EMRK mitbestimmt werden kann und ob sie sich nicht auf eine Ergebniskontrolle beschränken müßte. Ob das deutsche Recht der besonderen Bedeutung der „zutreffenden Sprache“ im Rahmen von Art. 5 oder Art. 12 GG Rechnung trägt, ist von der EMRK grundsätzlich nicht zu beurteilen.

Selbst wenn man diese Reduktion der EMRK auf die „Ergebniskontrolle“ im konkreten Einzelfall nicht teilt, fehlte es an einer konstruktiven Vergleichbarkeit von Grundgesetz und EMRK (die Voraussetzung für die Rechtsvergleichung wäre). Das Grundgesetz mit seinem zumindest zweiphasigen Ansatz (Art. 12 und 5 GG) würde aufgrund der Auslegungshilfe „EMRK“, die grammatisch eben nur über einen einphasigen Ansatz verfolgt, nicht schlüssig interpretiert werden können. Konventions- und deutsches Verfassungsrecht unterscheiden sich maßgeblich: Im deutschen Recht ist der Schutz kommerzieller Sprache – diesseits der Meinungsfreiheit – in Art. 12 GG möglich mit der Rechtsfolge einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im weiteren Sinne. Wenn kommerzielle Sprache in der Konvention geschützt sein soll, bleibt nur der Rekurs auf Art. 10 EMRK, weil nicht **jede Werbebeschränkung zu einer Beeinträchtigung von „Eigentum“ im Sinne des Art. 1 des 1. ZP führt.**²²⁴ Die Ausgangslage für den konventionsrechtlichen

223 A.Hatje, *Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit*, 1994, S.50-58.

224 So die Argumentation der Bundesregierung im Fall Barthold EGMR Ur.t.v.25.3.1985 Series A: Judgement and Decisions, Vol. 90, § 38 "Art.10...did not cover commercial adverti-

und den verfassungsrechtlichen Schutz kommerzieller Sprache unterscheidet sich damit *grundsätzlich*.

bb) Art. 10 Abs. 2 EMRK als Auslegungskriterium für Art. 5 Abs. 2 GG

Bei dieser Ausgangslage überrascht nicht, daß die EMRK auch für Art. 5 Abs. 2 GG keine Auslegungspotenz besitzt. Art. 10 Abs.2 EMRK konkretisiert das Kriterium „*notwendig in einer demokratischen Gesellschaft*“ inhaltlich durch den Bezug auf die Eingriffsmotive – die oben geschilderten Zielbestimmungen. Eine flüchtige Bestandsaufnahme könnte hier die Trias des Art. 5 Abs. 2 GG als wesentlich stärkere Schranke gegenüber staatlichen Eingriffen ausweisen als Art. 10 Abs.2 EMRK. Der Schutz der Zielbestimmungen „*Rechte anderer, der Moral, und Aufrechterhaltung der Ordnung*“²²⁵ erinnern an die Schrankentrias des *Art. 2 Abs.1 GG* – nicht aber an die Trias des Art. 5 Abs.2 GG (allgemeine Gesetze, Ehr- und Jugendschutz). Ein weitergehender abstrakter Vergleich des Wortlauts beider Schranken ist wenig sinnvoll: die schwere Faßbarkeit des „*allgemeinen Gesetzes*“ im Grundgesetz und des Umfangs des „*Beurteilungsspielraums*“²²⁶ in der EMRK lassen *keine weiteren, grundsätzlichen Konkretisierungen* zu.

cc) Vergleich der informationsfreiheitlichen Rechtsprechung von EGMR/EKMR mit den betätigungsfreiheitlichen Kriterien in der deutschen Rechtsprechung

Auch eine *ergebnisorientierte Betrachtung des deutschen Verfassungsrechts* durch die EMRK berechtigt nicht zu dem Schluß, daß der Schutz von kommerzieller Sprache, insbesondere von Werbung, meinungsfreiheitlich erfolgen müsse. EKMR und EGMR haben bis auf den Fall „Barthold“ die hier erörterten Entscheidungen der (deutschen) Wettbewerbsgerichte aufrechterhalten. Eine grundsätzliche *Ergebniskonformität* von deutscher, einfachgesetzlicher (§ 1 UWG), *an Art. 12 GG orientierter* Gesetzenskonkretisierung und der Prüfung anhand von *Art. 10 EMRK* liegt damit nahe. Diese Konformität des betätigungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung im Grundgesetz mit dem informationsfreiheitlichen Schutz der Werbung im Konventionsrecht ist hervorzuheben, weil das BVerfG auch in jüngeren Entscheidungen die Werbung der „freien Berufe“ nach Art. 12 GG schützt.²²⁷

Der Fall „Barthold“, in dem wettbewerbsrechtliche und EKMR-rechtliche Bewertung differierten, könnte allerdings ein Argument *gegen diese These von der*

sing, this being a matter relating to the Right freely to exercise a trade or profession, a right, not protected by the Convention."

225 Die französische Fassung ist hier der deutschen Übersetzung näher "defense de l'ordre" als das englische "prevention of disorder".

226 E.Brems, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 1996, 240, 263- 266, 299 ff zu den weiten Beurteilungsspielräumen beim Schutz der Moral und der Rechte anderer.

227 BVerfG Kammerbeschl. v. 24.7.1997 GRUR 1998, 71 "Notarwerbung II" zur farbigen Gestaltung von Briefbögen.

ergebnisbetonten Konformität von Art. 10 EMRK und Art. 12 GG sein. Der Fall „Barthold“, also personale Werbebeschränkungen, die selbst bei unentgeltlichen public relations-Aktivitäten den Anschein von Werbung verbieten, wäre nach hier vertretener Ansicht nach Art. 5 Abs.1 S.1 1.Alt. i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG²²⁸ zu beurteilen gewesen. Die Entscheidungen der deutschen Gerichte waren falsch, was auch durch die spätere deutsche Rechtsprechung belegt wird. Im Fall „Barthold“ hat der EGMR nur eine Rechtsprechung zumindest einer Kammer des BVerfGs vorweggenommen, die für das Ärzterecht – und nicht das Tierärzterecht – das *Verbot der Anscheinwerbung* als offensichtlich verfassungswidrig erklärt hat.²²⁹ Die Kammerentscheidung des BVerfG bedurfte aber gerade nicht des Rückgriffs auf Art. 5 GG – ausdrücklich offengelassen – weil bereits eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen von Art. 12 GG zur Bejahung eines nicht gerechtfertigten Grundrechtseingriffs genügte. Auch dieses Beispiel der Anscheinwerbung rechtfertigt die *Vermutung*, daß der konventionsrechtlich-informationsfreiheitliche Schutz kommerzieller Sprache keinen weiteren Umfang hat als der Schutz kommerzieller Sprache im Rahmen von Art. 12 GG (beziehungsweise in besonderen Fällen der Kombination von Art. 12 und 5 GG) hat. Diese Tendenz bestätigt auch die frühere Entscheidung der EKMR, die § 43 BRAO – eine verfassungsrechtlich auch im Lichte von Art. 12 GG zu unbestimmte Vorschrift – für die Wahrung von Art. 10 Abs.2 EMRK als ausreichend ansah.²³⁰ Bestätigt wird diese Einschätzung der Schrankenkongruenz von Art. 10 EMRK und Art. 12 GG durch die Weite des Beurteilungsspielraums bei der Beschränkung kommerzieller Sprache:

dd) Beurteilungsspielraum

Es handelt sich um eine Übersetzung von „margin of appreciation“ oder „marge d'appréciation“²³¹. Ein Beurteilungsspielraum im verwaltungsrechtlichen Sinn ist

228 Siehe im 7.Kapitel.

229 Siehe im 3.Kapitel I 2 c und 3 b).

230 EKMR Entsch.v.07.03.1991"Hempfung/Bundesrepublik Deutschland", EuGRZ 1991, 524: Ein Rechtsanwalt hatte sich in Anschreiben an potentielle Mandanten gewandt, die Angaben über seine Person und Qualifikation enthielten. Die Rechtsanwaltskammer beanstandete, gestützt auf § 43 BRAO sowie § 2 der damals noch angewandten Standesrichtlinien für Rechtsanwälte, diese Werbung. Die Kommission bejahte die Einschlägigkeit der Meinungsfreiheit gem. Art. 10 EMRK. Sie sah die Untersagung von Werbung, die auf § 43 BRAO gestützt wurde, aber als einen "in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte anderer erforderlichen Eingriff" an und verneinte deswegen eine Verletzung der Konvention (Art. 10 Abs.2 EMRK). Der EGMR wurde deshalb nicht mehr befaßt. Der Fall illustriert aber auch die Notwendigkeit einer ganzheitlichen Betrachtung von **Schutzbereich und Schranken** weil die EKMR hier eine Vorschrift - § 43 BRAO - als Rechtfertigung für die Einschränkung einer (Meinungs-)Äußerung akzeptierte, die nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht einmal den Rechtmäßigkeits - insbesondere Bestimmtheitsvoraussetzungen - für eine Einschränkung der Berufsfreiheit genügte (BVerfGE 76, 171 und BVerfGE 76, 196).

231 EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) § 33: "would have to undertake a re-examination of the facts and all the circumstances of each case".

auf die Feststellung des Tatbestands beschränkt; soweit die Rechtsfolge betroffen ist, handelt es sich um „Ermessen“ – beide Freiräume können mit sogenannten Koppelungsvorschriften verbunden werden. Der Beurteilungsspielraum, den der EGMR den nationalen Gerichten einräumt, scheint sich sowohl auf die Feststellung des Tatbestandes als auch auf die rechtliche Würdigung zu erstrecken. Zum einen stellt der EGMR fest, daß er ohne diesen Beurteilungsspielraum, sämtliche Tatsachen und Umstände jeden Falles „re-examinieren“ müßte. Auf der anderen Seite beschränkt der EGMR seine rechtliche Überprüfung auf die *grundsätzliche* Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit.²³² In „Casado Coca“ hat der EGMR angedeutet, daß er bei Werbeverboten, die jede sachliche Information der Bevölkerung verbieten, eine Verengung des Beurteilungsspielraums erwägt. Insoweit ist – der nunmehrigen Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 GG folgend – festzuhalten, daß die *fehlende Versorgung der Verbraucher mit zutreffender Information ein berücksichtigungsfähiges Interesse* bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Werbebeschränkungen und -verboten sein muß. Das entspricht aber inzwischen gefestigter BVerfG-Rechtsprechung zu Art. 12 GG;²³³ das bedeutet, daß Art. 12 GG diese Berücksichtigung zuläßt.

Zusammenfassend läßt sich nach der gegenwärtigen EGMR-Rechtsprechung *nicht* annehmen, daß Art. 10 EMRK als *grundrechtliches Auslegungsargument* hinreichend andere und klare Aussagen für den Schutz kommerzieller Sprache trifft, als dies Art. 12 GG tut. Die *potentielle* Entscheidungsrelevanz der EGMR reduziert sich deshalb auf die Konkretisierungsfunktion für einfaches Recht,²³⁴ insbesondere von Generalklauseln durch deutsche Gerichte.

5. EMRK als Bundesgesetz und einfachgesetzliches Auslegungsargument für deutsche Gerichte und Rechtsanwender

Klärungsbedürftig ist, wie die EMRK, wenn sie für den grundrechtlichen Schutz von Werbung keine Determinationskraft hat, Auslegungskraft bei der Konkretisierung von einfachgesetzlichen Generalklauseln zu entwickeln vermag. Die entscheidende Weichenstellung ist nach hier vertretener Ansicht die Berücksichti-

232 EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) § 33: are justifiable in principle and proportionate".

233 Dazu siehe im 7.Kapitel.

234 Der EGMR kann nur nach Erschöpfung des Rechtswegs angerufen werden (Art. 26 EMRK, in Zukunft Art. 34 EMRK). Entscheidend ist deshalb auch, inwieweit die nationalen Gerichte bereits vor einer Anrufung des EGMR Konventionsrecht beispielsweise bei der Konkretisierung und Überprüfung von im Rahmen von §§ 1, 3 UWG gefundener Ergebnisse anwenden. Das Ergebnis einer Recherche scheint mager: das OLG Karlsruhe bejahte in einem Fall, in dem deutsche Anwälte mit französischen Anwälten zusammenarbeiteten, auf ihren Briefbögen aber den irreführenden Eindruck einer Sozietät erweckten, die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 10 EMRK; eine Verletzung wurde verneint, weil bei "irreführender Werbung" der Eingriff wegen des geringen Schutzbedürfnisses im Vergleich zu sonstigen Meinungen gerechtfertigt ist (OLG Karlsruhe Urt.v.21.06.1990 NJW 1990, 3093, 3096).

gung der Informationsinteressen bei zutreffender „Sprache“. Art. 12 GG *läßt* die Berücksichtigung von Informationsinteressen als einen Allgemeinwohlbelang,²³⁵ der Werbebeschränkungen verbietet, *zu*.²³⁶ Art. 10 EMRK *verlangt dagegen* die Einstellung in die Konkretisierung. Art. 10 EMRK nimmt deshalb zunächst auf den Konkretisierungsvorgang der Generalklausel (prozedural) Einfluß. Die Verteilung des *Zugangs der Rezipienten zu zutreffenden Informationen* hat in den *deutschen* Entscheidungen zu „Markt-Intern“, zu „Jakubowki“ und in den Fällen IV und V (Sozial- und Ökosponsoring) keine Berücksichtigung erfahren. *Insoweit kann die EMRK eines der Interessen, die im Rahmen von § 1 UWG zu berücksichtigen sind, bestimmen.* Eingeschränkt wird diese Determinationskraft in Theorie und Praxis durch den Grundsatz der *lex posterior*:

a) *Einschränkungen des EMRK-Anwendungsbereichs aufgrund der lex posterior Regel?*

Hier ist zunächst festzustellen, welche Normen aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung überhaupt von der EMRK beeinflußt werden.

aa) Beschränkung auf vorkonventionelle Bundesgesetze

Die Menge der Normen, die überhaupt Gegenstand einer konventionsrechtlichen Prüfung sein können, werden durch den Grundsatz *des Vorrangs der „lex posterior“ begrenzt*.²³⁷ Der Ausgangspunkt dieses Grundsatzes ist der *Wille* des Gesetzgebers, der sich ändern kann. Dementsprechend müßte der Gesetzgeber beschloßen haben, der EMRK beizutreten und später durch werbeeinschränkende Gesetze (etwa Tabakwerbeverbote), die gegen die EMRK verstoßen, eine neue Regelung der konventionellen Informationsfreiheit getroffen haben („*lex posterior*“). *Eine* Voraussetzung dieser nach dem Grundsatz der *lex posterior* zu beachtenden Willensänderung ist dementsprechend, daß der Gesetzgeber die ältere, zu „ändernde Norm“ (Art. 10 EMRK) in seinen „Änderungswillen“ aufnimmt. Die Anwendung des „*lex posterior*“ Grundsatzes liegt deshalb *nahe* bei Normen, die identische Regelungsbereiche aufweisen,²³⁸ aber eher *fern* bei Normen mit teildentischen Regelungsbereichen oder Normen, die nur Berührungspunkte miteinander aufweisen. Eine solche punktuelle Berührung liegt bei *Werbebeschränkungen und -verboten* auf der einen und *informationsfreiheitlichen, menschen-*

235 Vor allem im berufsspezifischen Werberecht - wie in der Ärzterwerbung des Fall VI - ist ein Allgemeinwohlbelang die Information der Patienten und ein anderer der Schutz der Patienten vor der Anpreisung von Qualifikationen und Verfahren, die allenfalls Hoffnungs- aber keinen beurteilbaren Heilungscharakter haben.

236 Dazu unter 7. Kapitel IV

237 Für modernen Rechtsordnungen als zentrale Bestimmung qualifiziert, deren Geltung unbestritten sei Theodor Schilling, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, S. 448 ff. Ein Grundsatz, der bisweilen nicht in Betracht gezogen wird (vgl. Ch. E. Hauschka, Auswirkungen der Auslegung des Art.10 der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf Wettbewerbsrecht, Medienrecht und das Recht der freien Berufe, ZUM 1987, 559, 563 f).

238 W. Wengler, Völkerrecht, 1.Band, 1964, S. 405.

rechtlichen Gewährleistungen auf der anderen Seite vor.²³⁹ Der Grundsatz der *lex posterior* erfährt eine Einschränkung durch den Grundsatz der *lex specialis*.²⁴⁰ Wenn die EMRK als Menschenrechtsgewährleistung die speziellere Vorschrift wäre, würde – aus der Perspektive eines deutschen Gerichts – ein späteres Tabakwerbeverbot dieses *lex specialis* nicht antasten. Nicht jede gesetzliche deutsche Werbebeschränkung, die von der EMRK nicht toleriert wird, „will“ diese als „*lex prior*“ aufheben oder ändern. Es ist aber wohl nicht möglich, die allgemeine Gewährleistung der Meinungsfreiheit als *lex specialis* zu einem seinerseits speziellen, produktspezifischen Werbeverbot zu qualifizieren. Deshalb wird man die Intention des Gesetzgebers, völkerrechtskonform zu handeln und im Sinne einer *Einheit der Rechtsordnung* Kollisionslagen durch späteres Handeln nicht entstehen lassen zu wollen, durch Anerkennung des „*lex posterior*“ Grundsatzes auch im Verhältnis von Werbebeschränkung zu Informationsfreiheit Rechnung tragen müssen. Mit dieser Anerkennung einer potentiellen Kollisionslage wird der Anwendungsbereich der EMRK in einer innerstaatlichen Perspektive²⁴¹ temporal verkleinert. Die Bundesrepublik hat sich zu konventionsgemäßem Handeln verpflichtet (Art.1 EMRK); innerstaatlich gilt dies aber eben nur mit dem Rang eines Bundesgesetzes. *Konventionswidrige Gesetze, die nachkonventionell erlassen werden, müssen deshalb von der deutschen Rechtsprechung angewandt werden.* Es gilt aber eine entscheidende Einschränkung: Dieses Ergebnis ist auf vertragsstaatlicher Ebene nur dann überzeugend, wenn eine *EMRK-konforme Auslegung* – vor allem in den Grenzen des Wortlauts der einfachgesetzlichen, späteren Norm – nicht möglich ist und damit eine Kollisionslage, die Voraussetzung der Anwendung der *lex posterior* Regel ist, überhaupt vorliegt. *Soweit das nachkonventionelle Gesetz EMRK-konform ausgelegt werden kann, kann ein Änderungswille des Gesetzgebers nicht unterstellt werden.* Die vielfach bestehende Möglichkeit der EMRK-konformen Auslegung ist deshalb ein Grund, wieso ein übergesetzlicher oder verfassungsrechtlicher Rang der EMRK abgelehnt werden kann.

239 Diese Schnittmengen von "Schutz der guten Sitten im Wettbewerb" auf der einen und "Informationsfreiheit" auf der anderen Seite führen auch dazu, daß eine *lex generalis* und eine *lex specialis*, die Vorrang beanspruchen könnte, nicht festgestellt werden können.

240 Ch.Tomuschat, §172 Rn. 35 in: Handbuch des Staatsrechts, 7.Band, 1992 unter wenig überzeugendem Verweis auf die Nachweise bei Ch.Tomuschat, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen, ZaöRV 28 (1968), 48, 74 ff. Das BVerwG folgt dem EGMR in einer jüngeren Entscheidung nicht (BVerwG NVwZ 1997, 1384 und zustimmend Th.Buß, Grenzen der dynamischen Vertragsauslegung im Rahmen der EMRK, DÖV 1998, 323, 329).

241 Unberührt bleibt vom *lex posterior* Grundsatz die "letztinstanzliche" Zuständigkeit des EGMR, der die Konventionswidrigkeit insoweit ungebunden, aber eben auch nur mit den dem EGMR zur Verfügung stehenden Sanktionen festzustellen vermag.

bb) Generalklauseln wie § 1 UWG als Prüfungsgegenstand?

Die Argumentation mit dem *lex posterior* Grundsatz steht einer konventionsrechtlichen Prüfung von § 1 UWG nicht entgegen, weil die durch Gesetz vom 7.6.1909²⁴² eingefügte Generalklausel älter als die EMRK ist. Bereits bei § 3 UWG ist das zweifelhaft, weil § 3 UWG durch Änderungsgesetz vom 26.6.1969²⁴³ entscheidend erweitert wurde und damit post-konventionell ist (zur nunmehr gemeinschaftsrechtlichen Quelle siehe im 3. Kapitel I 4 h). Maßgeblich ist aber, daß es sich um „*Generalklauseln*“ handelt, die *eine EMRK-konforme Auslegung* ermöglichen.

cc) Wettbewerbs- und wertbezogene Regelungen kommerzieller Sprache

Weitere Auswirkungen könnte der „*lex posterior*“-Grundsatz für alle die (öffentlich-rechtlichen) Werbeverbote und -beschränkungen haben, die nach dem Beitritt der Bundesrepublik zur EMRK erlassen worden sind, also nach dem 5.12.1952²⁴⁴ und die *nicht gemeinschaftsrechtlich determiniert* sind. Es handelt sich vor allem um Werbeverbote, die als wettbewerbs- und wertbezogen die Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG *konstituieren*.²⁴⁵ Hier kann, jenseits der bisher üblichen wettbewerbsrechtlichen Betrachtung,²⁴⁶ unter Berufung auf die Generalklausel des § 1 UWG eine Berücksichtigung der EMRK-Konformität erfolgen.

Das gilt in jedem Fall für die Fallgruppe „*Vorsprung durch Rechtsbruch*“, weil dort auch nach bisher verbreiteter Dogmatik „*spezialnormunabhängige*“ Argumente²⁴⁷ in die Rechtskonkretisierung zu § 1 UWG eingehen können.

dd) Keine Geltung des „*lex posterior*“ Grundsatzes für Werberecht aus gemeinschaftsrechtlicher Quelle

Die gemeinschaftsrechtlich determinierten, auf Richtlinien oder Verordnungen²⁴⁸ beruhenden Beschränkungen kommerzieller Sprache wurden hier deshalb vom „*lex posterior* Grundsatz“ ausgenommen, weil sie am Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber der EMRK teilhaben.²⁴⁹ Insoweit müßten deutsche Gerichte – soweit gemeinschaftsrechtliche Quellen eines Werberechts vor-

242 RGBI 499.

243 BGBl I 633.

244 Siehe auch die Ratifikationstabelle bei Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, S. 988.

245 Bei den Werbeverboten, die unter die Rubrik "Vorsprung durch Rechtsbruch" fallen, wird die Auslegung von § 1 UWG auch bei postkonventionellen Werbebeschränkungen und -verboten von Art. 10 EMRK beeinflusst.

246 Zur Interessenabwägung siehe im 3. Kapitel V 6 f).

247 Siehe im 3. Kapitel V 2 b).

248 Das Umweltauditrecht ist ein Beispiel dafür, daß ein Mitgliedstaat das Verbot der Produktwerbung mit dem "Umweltauditzeichen" neben der Verordnung in einem deutschen Gesetz wiederholt.

249 Eine Gleichrangigkeit von EMRK und sekundärem Gemeinschaftsrecht liegt nicht vor, weil die auf Grundlage der EMRK erfolgende Überprüfung von Gemeinschaftsrecht Vorrangigkeit der EMRK voraussetzt. Für das Verhältnis von primärem Gemeinschaftsrecht zur EMRK wurde hier eine Vorrangigkeit der EMRK vorausgesetzt..

handen sind – *innerhalb* der gemeinschafts(grund)rechtlichen Prüfung die EMRK in ihrer gemeinschaftsrechtlichen Ausformung anwenden. *Wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ist insoweit die „lex posterior“ Regel nicht anwendbar.* Gemeinschaftsrechtliches Werbebeschränkungsrecht, aus welcher Zeit auch immer, „bricht“²⁵⁰ das Recht der EMRK. Für § 3 UWG, der mittlerweile wenigstens zum Teil auch auf Gemeinschaftsrecht²⁵¹ zu stützen ist, ist die Bedeutung des lex posterior Grundsatzes damit nur in den Bereichen ersichtlich, in denen das deutsche Recht (gemeinschaftsrechtlich zulässig) höhere Voraussetzungen zugunsten des Verbraucherschutzes verlangt.²⁵²

ee) Zusammenfassung

Die EMRK als einfachgesetzliches Konkretisierungselement ist *grundsätzlich* auf die „leges priores“ vor dem Beitritt zur EMRK beschränkt. In der Praxis wird sich die Zentrierung des deutschen Werberechts um Generalklauseln wie §§ 1 und 3 UWG für eine EMRK-konforme Auslegung günstig auswirken. Bei diesen Generalklauseln ist ein Wille des Gesetzgebers zur Aufhebung der EMRK gerade nicht zu vermuten. Es ist dann Aufgabe der Gerichte, die EMRK-Vorschriften überhaupt zu kennen und anzuwenden. Hier bleibt festzuhalten, daß „Casado Coca“²⁵³ zufolge die Bedeutung (der Vorenthaltung) von zutreffenden Informationen für die Allgemeinheit immer bei der Konkretisierung der Generalklauseln berücksichtigt werden muß.

Das Entstehen einer Kollisionslage ist wahrscheinlicher bei öffentlich-rechtlichen, spezialgesetzlichen Werbeverböten wie etwa im Lebensmittel- und Heilmittelwerberecht (LmBG und HWG), die zudem gemeinschaftsrechtliche Wurzeln aufweisen. Hier sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

- (1) Soweit es um die Durchsetzung des „öffentlichen“ Werberechts mit dem Mitteln des Wettbewerbsrechts geht (dazu siehe im 3. Kapitel V 2 b) kann die EMRK bei der Konkretisierung der Generalklausel berücksichtigt werden.²⁵⁴
- (2) Soweit das „öffentliche“ Werberecht selbst Sanktionen, wie etwa Ordnungswidrigkeiten vorsieht, kann die EMRK dann nicht berücksichtigt werden,

250 Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts führt zu einem *Anwendungsvorrang*. Das in Deutschland geltende Konventionsrecht bleibt unberücksichtigt, ist aber nicht nichtig.

251 Siehe dazu R.Sack, Die Bedeutung der EG-Richtlinien 84/450/EWG und 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung für das deutsche Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1998, 263, 269.

252 In diesen und den gemeinschaftsrechtlich determinierten Szenarien kann der EGMR dann unterschiedliche Wertungen als der EuGH und die deutschen Gerichte treffen.

253 EGMR Urt.v.24.2.1994 Casado Coca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A S. 21 § 55.

254 Es sei denn das Gemeinschaftsrecht legt fest, wie die Werbebeschränkungen durchgesetzt werden. Es ist allerdings eine neue Konstellation, daß etwa das Lebensmittelrecht ein absolutes Werbeverbot für Süßigkeiten enthalten sein wird, und Wettbewerber dann im Rahmen von § 1 UWG die fehlende Rechtmäßigkeit nach der EMRK wegen der Versagung von Informationen entgegengehalten wird.

wenn es sich um kollidierende „leges posteriores“ handelt. Voraussetzung der Kollisionslage ist, daß eine EMRK-konforme Auslegung nicht möglich ist.

Diese konstruktiv-dogmatischen Voraussetzungen für die „Kollisionslage“ in der *innerstaatlichen Perspektive* erklären, weshalb eine Kollisionslage zwischen EMRK und deutschem Werberecht²⁵⁵ – soweit ersichtlich – dort noch nicht gerichtskundig geworden ist. Aus der Perspektive der EMRK-Organen sollen im folgenden Abschnitt einige der Fallszenarien überprüft werden.

b) *BGH-Rechtsprechung zur Unternehmenswerbung in Fall I, Fall II a, Fall IV und V konventionsgemäß?*

Beispiele sollen die Konkretisierung von § 1 UWG durch den BGH in den Fällen I („Ölverschmutzte Ente“), II a („HIV-Positive“), IV (Sozio-) und V (Ökosponsoring) sein.

Eine normative Divergenz von Art. 5 GG zu Art. 10 EMRK besteht bereits bei der Eröffnung des Schutzbereichs. Es ist nicht geklärt, ob Art. 10 EMRK auch suggestive Werbung ohne Produktbezug (Fälle I, II a) schützt und ob die Information über das soziale und ökologische Engagement des Unternehmens (Fälle IV und V) für die Verbraucher von Interesse ist. Am ehesten wird man das für Fall V bejahen können, wo die Rezipienten über eine „Zugabe“ zum Produkt informiert werden. Selbst wenn man die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 10 EMRK in allen Fällen bejaht, fehlt es an der Schrankendivergenz und damit an der Konkretisierungskraft der EMRK:

(1) *Zielbestimmungen:*

- (a) *Fall I, Fall IV und V:* Grundsätzlich könnte Art. 10 EMRK – wie unter ...- dargestellt, werbungsschützender sein, wenn Allgemeinwohlbelange – *wie der Schutz des Wettbewerbs* – *nicht* von der Schrankenbestimmung gedeckt werden. Hier ist nach den Fallgruppen, die im Rahmen von § 1 UWG gebildet werden, zu differenzieren. Wenn man der hier vertretenen teleologischen Interpretation des „Ordnungsbegriffs“ *nicht folgt*, fehlt es an einem rechtfertigungsfähigem Ziel bei Fall I²⁵⁶. Wie geschildert, geht der EGMR in der Praxis über dieses Problem hinweg.
- (b) *Fall II a:* Bei Fall II a – HIV-Positivwerbung – können die negativen Rezipientenbelange unter die „Rechte Dritter“ und den Schutz der „Moral“ subsumiert werden.

(2) *„vom Gesetz vorgeschrieben“:*

Man könnte meinen, daß dieses Kriterium in den Benettonfällen problematisch werden wird, weil der BGH hier Werbung als Meinung schützen will, die Voraussetzungen der Einschränkung dieser Meinung gerade in Fall I dem Wortlaut der Norm aber nicht mehr zu entnehmen sind. Es geht günstigsten-

255 Der Fall "Barthold" zeichnet sich in einer innerstaatlichen Perspektive dadurch aus, daß die EMRK ignoriert wurde.

256 Eine "Moral" (Art. 10 Abs. 2 EMRK), die Werbung mit dem Photo ölverschmutzter Enten nicht zuläßt, ist als meinungsverachtend kein Rechtfertigungsbelang.

falls um „Leistungswettbewerb“ und nicht um die „guten Sitten“ und damit besteht das Problem des Schutzes der „wirtschaftlichen Ordnung“. Ein weitere Kritikpunkt ist, daß eine Rechtsprechungserfahrung – auf die in der „markt intern“ Entscheidung ausdrücklich abgestellt wurde – auch nach den Urteilsgründen des BGH nicht bestand. Der EGMR hat allerdings in einer Entscheidung zum Common Law – und im Bereich des § 1 UWG handelt es sich wohl um ähnlich durch die Rechtsprechung „gefundenes“ Recht – das Kriterium „vom Gesetz vorgeschrieben“ nicht im Sinne von geschriebenem Recht interpretiert, sondern auf die Teleologie des Kriteriums reduziert: der Bürger müsse „erkennen“ können, welches Recht anwendbar ist und dieses müsse so bestimmt sein, daß er sich dementsprechend verhalten könne. Es reiche aus, daß er

„die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem *den Umständen* entsprechenden *Grad an Gewißheit* (*Hervor.d. Verf.*) erkennen könne.“²⁵⁷

Mit diesen großzügigen Anforderungen an die Bestimmtheit ist die Konventionswidrigkeit der Generalklausel des § 1 UWG in weite Ferne gerückt.

- (3) „**Notwendig in einer demokratischen Gesellschaft**“. Das rechtsvergleichende Werberecht ist erst im Entstehen begriffen.²⁵⁸ Dem EGMR wird deshalb oft nichts anderes übrig bleiben, als pauschal eine unterschiedliche Behandlung von Werbung in den einzelnen Vertragsstaaten zu bejahen und deshalb **einen weiten Beurteilungsspielraum** anzunehmen. Es fehlte dann an der nachweisbaren Verfestigung von „Standards“ in **einer** demokratischen Gesellschaft.

c) *Personale Werbeverbote (Fall VI) konventionsgemäß?*

Das Szenario, in dem die Konventionswidrigkeit droht, sind die standesrechtlichen, insbesondere die ärztlichen Werbeverbote. Anders als bei den Rechtsanwälten, bei denen in Deutschland **sachliche Werbung** inzwischen zugelassen ist, existiert ein ärztliches Werberecht im Sinne eines „Rechts zu werben“ de facto nicht.²⁵⁹ Aus einer informationsfreiheitlichen Perspektive ist es nicht einsichtig, daß Informationen über den Zugang zur Rechtspflege durch Eigenwerbung verbreitet werden dürfen; Informationen über besondere Behandlungsmethoden wie Qualifikationen eines Arztes aber nicht. Die positiven Rezipienteninteressen, die dem Schutz von Äquivalenz- und Informationsinteressen dienen, begründen so die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 10 EMRK. Diese Informationsinteressen haben gerade bei der Mitteilung von Behandlungsmethoden und Qualifikationen bei Ärzten ein solches Gewicht, daß die „**Rechte anderer**“ – so man den Schutz

257 EGMR Urt.v.26.4.1979 Times Newspaper Ltd. /Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 387 f § 49. Siehe EGMR Urt.v.15.11.1996 Cantoni/Frankreich Judgements and Decisions 1996-V, 1615, 1628 f § 35.

258 Die eingehendste Arbeit ist das Vorhaben von Schrickler,.... Recht der Werbung in Europa. Berichte über fremde Werberechte finden sich inzwischen immer mehr in Zeitschriften: S.Tetz/B.Ahl, Rechtsgrundlagen der Werbung in China, RIW 1998, 361 ff; A. Deringer, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GRURInt. 1996, 1202 ff. Aus vergleichenden Untersuchungen ergibt sich eher die Erkenntnis der fehlenden Vergleichsgrundlage, denn die Erkenntnis der Gemeinsamkeiten oder Unterschiede; siehe etwa das Vorwort von P.Schotthöfer, Handbuch des Werberechts in den EU-Staaten, 2.Auflage, 1997, der die Unterschiedlichkeit der Werberechte betont.

259 Siehe 3.Kapitel I 2.

des Ansehens derjenigen, die nicht werben wollen, als schützenswert erachtet – keine überzeugende Zielbestimmung zu sein vermögen. Der Schutz der „Gesundheit“ durch Vorenthaltung von (irreführenden) Informationen kann einschlägig sein, aber schwerlich ein undifferenziertes, pauschales Werbeverbot rechtfertigen. Es wird deswegen eine Frage der „grundsätzlichen Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit“²⁶⁰ sein, inwieweit der EGMR diese Werbeverbote respektiert. Der Umfang des effektiven Garantiebereichs wird davon abhängen, wieweit der EGMR den diesbezüglichen Beurteilungsspielraum verengt und insbesondere ob er – weil die Vertragsstaaten eine unterschiedliche Agenda für die Änderung des Landesrechts vorlegen – den gegenwärtigen Werbeverböten die Wohltat der „streitgegenständlichen“ zeitlichen Beschränkung zukommen lassen wird. Das Vereinigte Königreich hat es jedenfalls vorgezogen, sein – inzwischen novelliertes Ärzterwerb(verbots)recht – nicht durch den EGMR prüfen zu lassen, und einen Vergleich mit dem damaligen Beschwerdeführer geschlossen.²⁶¹ In den Literaturmeinungen zum Beurteilungsspielraum spiegelt sich die „meinungsfreiheitliche“ und die wettbewerbsrechtliche Argumentationslinie, die aus dem deutschen Recht bekannt ist, wieder: die auf „äußerungsfreiheitlichen“ Schutz der „zutreffenden Sprache“ konzentrierte Ansicht fordert eine Verengung des Beurteilungsspielraums, während die auf den Schutz der „wettbewerbsrechtlichen Lenkungs-kompetenz“ fixierte Ansicht dessen Weite fordert.²⁶² Eine Prognose soll hier gewagt werden: Voraussichtlich wird der EGMR sich in einer ersten Entscheidung auf die „streitgegenständliche Zeit“ beschränken und in erst mit zunehmender eigener Rechtsprechungserfahrung das Verdikt der Konventionswidrigkeit mit der Zubilligung von Schadensersatz fällen (Art. 50 EMRK).

VI. Schutz von Werbung nach Art. 10 EMRK – Zusammenfassung und Ausblick

Für die Frage der Zuordnung von Werbung zu Art. 12 GG oder Art. 5 GG ist die EMRK kein überzeugendes Argument. Auch in der Frage der einfachgesetzlichen Konkretisierung, inwieweit das Wettbewerbsrecht *zutreffende* Sprache wegen ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb limitieren darf, läßt sich bisher weitgehend eine *Ergebniskonvergenz* von EGMR und deutschen (Wettbewerbs-)Gerichten belegen. Die Rechtsprechungserfahrung belegt damit, daß das Wettbewerbsrecht auch auf EMRK-Ebene argumentativ seine Dominanz über ein (ideell)

260 EGMR Urt.v. 20.11.1989 Markt-Intern Verlag GmbH und K.Beermann/Deutschland, Series A: Judgements and Decisions Vol. 165 (1989) § 33.

261 EuGH Entsch. v. 28.6.1993 Colman/Vereinigtes Königreich, Series A, (1993) Vol.258-D § 16; im Ergebnis hatte die Kommission eine Verletzung von Art. 10 EMRK abgelehnt (§ 41)

262 Ch.Callies, Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität: Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art. 10 EMRK, EuGRZ 1996, 297 ff und Ch.Krüger, Von "Club X" zu "Jacobwoski", GRUR 1996, 252 f.

meinungsfreiheitliches Kernargument – den ungehinderte Fluß zutreffender Sprache – behauptet. *Diese Dominanz ist ein intolerabile für die (grundgesetzliche) Meinungsfreiheit, die sonst nur bei Kollision der Meinungsfreiheit mit intimen Staats- (Staatsschutzdelikte) und Privatinteressen (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) die Unterdrückung zutreffender Sprache zuläßt.* Auch die EMRK in ihrer durch den EGMR konkretisierten Form ist damit ein Argument zumindest für eine Differenzierung im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 GG und damit für die Ablehnung eines einheitlichen effektiven Kommunikationsschutzes irrespektive des Motivs und der ökonomischen Wirkungen der Äußerung.

Nicht zwingend stehen die bisherigen Erkenntnisse einem Schutz von kommerzieller Sprache nach Art. 12 GG – für „Barthold-Konstellationen“ i.V.m. Art. 5 GG – entgegen. *Die Rechtsprechung des BGH, der bei Werbung nur noch auf Art. 5 GG abstellen will, ist EMRK-rechtlich nicht gefordert.*

Die EGMR-Erfahrung in „Markt-intern“ bestätigt das *Vermischungsargument*²⁶³: dort, wo Meinung/Information und Werbung untrennbar sind, muß es immer zu einer äußerungs-/informationsfreiheitlichen Prüfung kommen. Als weitere, zulässige Konkretisierungen bieten sich die wettbewerbsrechtlichen Kriterien wie Entgeltlichkeit/ Unentgeltlichkeit – insbesondere bei Public Relations-Aktivitäten – und die rechtliche und faktische Unabhängigkeit des Mediums von den Wirkungen der übermittelten „Information“ als Ergebnis der „Markt-intern-Entscheidung“ an.

Festgehalten werden muß schließlich, daß die Rechtsprechung des EGMR als Ausformung des „lesser protection“ Ansatzes interpretiert werden kann. Zum einen ist der Schutzbereich bisher nur für „informative Werbung“ eröffnet, zum anderen ist die Weite des Beurteilungsspielraums gegenüber ideeller, insbesondere politischer Sprache deutlich erweitert. Die Relevanz von Kollisionsszenarien sollte deshalb nicht überbewertet werden; selbst im nach hier vertretener Ansicht unzutreffend entschiedenen Fall „Jacobowski“ konnten die deutschen Wettbewerbsgerichte von der Weite des Beurteilungsspielraums zehren.

263 Dazu siehe 4.Kapitel II 6 b.