

---

# GLIEDERUNG

---

## ERSTES KAPITEL

|   |    |
|---|----|
| <b>EINLEITUNG</b>   | 1  |
| I. Vorbemerkung   | 1  |
| II. Übersicht über die „Leading Cases“  | 4  |
| III. Relevanz einer werblichen Meinungsfreiheit für das Verfassungsrecht und das Leben in der Bundesrepublik Deutschland? | 11 |
| 1. Detailkritik: stehen die Fallbeispiele für die Wirklichkeit?   | 11 |
| 2. Grundsatzkritik: Nichtigkeit des Untersuchungsgegenstandes?  | 16 |
| a) Werbung und die Tendenz zur Ubiquität und Omnipräsenz  | 19 |
| b) Werbung als (Mit-)autor von „Realität“ und „Programm“ - das Vermischungsproblem  | 21 |
| c) Werbung als Ersatzwährung für (Medien-)Konsum  | 23 |
| d) Werbung als „Wirt“ oder „Gast“?  | 25 |

## ZWEITES KAPITEL

|   |    |
|---|----|
| <b>UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND UND DEFINITIONEN</b>   | 27 |
| I. Kategorisierungsresistenz von Sprache?   | 27 |
| 1. „Sprache“  | 27 |
| a) Sprache und Meinung  | 27 |
| b) „Sprache“ und die besondere Vermutung zugunsten der freien Rede                                  | 28 |
| c) Sprache und Tun - die Ablehnung des Begriffs „Äußerung“  | 29 |
| d) Sprache als Kommunikationssituation  | 30 |
| 2. Unmöglichkeit der Kategorisierung?   | 31 |
| 3. Disparität von Sprache und rechtlicher Regelbildung  | 32 |
| 4. Evasiver Charakter von Sprache   | 34 |
| II. Sprache als Kommunikationssituation: Die Perspektive des Kommunikators                          | 37 |
| 1. Begriff der „kommerziellen Sprache“  | 38 |
| a) Kommerzielle Sprache als Übersetzung von „Commercial Speech“                                     | 38 |
| b) Kommerzielle Sprache und „Kommunikationspolitik“   | 38 |
| c) Kommerzielle Sprache und Werbung   | 42 |
| 2. Begriff der „nicht-kommerziellen Sprache“  | 50 |
| a) Unterschied zwischen verfassungsrechtlicher Ursprungs- und privatrechtlicher Folgenargumentation | 50 |
| b) Instrumentelle Betrachtungsweise   | 52 |

|   |    |
|---|----|
| c) Mediale Sprache  | 53 |
| d) Parteiliche Sprache  | 54 |
| e) „Religiöse“ Sprache  | 54 |
| f) Staatliche Sprache   | 55 |
| g) Ideelle Sprache  | 56 |
| h) Sinn dieser Einteilung und die Unterscheidung von Schutz- und effektiven<br>Garantiebereich              | 56 |
|   |    |
| III. Sprache als Kommunikationssituation: Die Perspektive des Rezipienten und<br>Verbrauchers               | 57 |
| 1. Schutz des Rezipienten und Verbrauchers vor, bei und durch kommerzieller Sprache<br>(Werbung)            | 57 |
| a) Rezipient und Verbraucher  | 57 |
| b) Schutz des Verbrauchers vor, bei und durch Sprache   | 58 |
| 2. Wer ist Verbraucher?   | 59 |
| a) Normspezifische Bedeutung der Verbraucherdefinition  | 59 |
| b) „Jedermann-Problem“  | 59 |
| 3. Konkretisierung der betroffenen Verbraucher- und Rezipienteninteressen                                   | 60 |
| a) Berührungen der Integritätssphäre ( Art. 2 Abs. 2 GG)  | 61 |
| b) Berührungen der Äquivalenzsphäre (Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG)   | 61 |
| c) Berührungen der Rezipientensphäre (Art. 5 , 12 GG)   | 62 |
| 4. Dogmatische Alternativen für den Schutz der Integritäts-, Äquivalenz und<br>Rezipientensphäre in § 1 UWG | 63 |
| a) Determinanz des Verfassungsrechts  | 63 |
| b) Grundrechte und Staatsziele als Wertprinzipien   | 63 |
| c) Grundrechtliche Schutzbereiche als berücksichtigungsfähige Interessen                                    | 64 |
| d) Wesentliches Ergebnis  | 64 |

### DRITTES KAPITEL

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

|  |    |
|--|----|
| I. Struktur der Werbung und des Werberechts  | 65 |
| 1. Vielgestaltigkeit der Definitionen und Zusammenhang von Werbung und<br>Verbraucherschutz                    | 65 |
| a) Strategie der Werbung und Werberecht als Werbebeschränkungs- und nur<br>ausnahmsweise als Werbeverbotsrecht | 65 |
| b) Werbebeschränkungs- und -verbotsrecht als Verbraucherschutzrecht  | 70 |
| c) Werbebeschränkungs- und verbotsrecht zum Schutz des Allgemeinwohls  | 73 |
| d) Werbebeschränkungs- und verbotsrecht zum Schutz der Mitbewerber   | 74 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Anknüpfungspunkt: Person des Werbenden  | 75  |
| a) Werberecht der „freien Berufe“ (nach der Rechtsprechung) durch Art. 12 GG geschützt   | 75  |
| b) Anzahl der Werbenden  | 77  |
| c) Identität von Werbendem und Werbebegünstigtem: Eigen- und Fremddarstellungsszenarien  | 84  |
| d) Personale Werbesbeschränkungen als gleichheits- und berufsverletzende Marktnachteile: das Konkurrenzargument                        | 88  |
| 3. Anknüpfungspunkt: Werbeträger und Werbemittel   | 90  |
| a) Unterschied zwischen Werbeträger und Werbemittel  | 90  |
| b) Werbeträger   | 91  |
| c) Eigen- und Fremdwerbung   | 94  |
| d) Betätigungs- und eigentumsfreiheitlicher Schutz statt Meinungsfreiheit für die Werbung  | 97  |
| 4. Anknüpfungspunkt: Werbeinhalt   | 100 |
| b) Suggestive Werbung  | 105 |
| c) Informative Werbung   | 107 |
| d) Sachliche Werbung   | 120 |
| e) Indirekte Werbung   | 121 |
| f) Produktspezifische Werbeinhaltsbeschränkungen   | 122 |
| g) Unternehmenswerbung   | 122 |
| h) Schutz vor irreführender Werbung nach § 3 UWG und das Fehlen einer wettbewerbsrechtlichen Fallgruppe der „wahrheitsgemäßen Werbung“ | 126 |
| 5. Anknüpfungspunkt: Werbeziele  | 139 |
| 6. Anknüpfungspunkt: Reichweite  | 141 |
| a) Qualifikation der Rezipienten   | 141 |
| b) Werbeexklaven (geschützte Räume)  | 141 |
| c) Werbung, aus dem Ausland oder Werbung, die im Ausland verbreitet wird   | 141 |
| <br>   |     |
| II. Struktur der „Nicht-Werbung“: Tarnung von Werbung, Schleichwerbung und Product Placement   | 142 |
| 1. „Tarnung von Werbung“ als Oberbegriff   | 142 |
| 2. Gebot der Trennung von Werbung und Programm und Verbot der (rundfunkrechtlichen) Schleichwerbung                                    | 144 |
| 3. „Product Placement“ und „Placement von Sprache“ in ihrem Verhältnis zur „Schleichwerbung“   | 146 |
| a) „Product“ Placement (mit dem Produkt)   | 146 |
| b) Product Placement durch Sprache („redaktionelle Werbung“, „Werbung im Programm“, „Placement von Sprache“)                           | 147 |
| c) Product Placement als Werbung und Sprache?  | 148 |
| d) Product Placement versus Schleichwerbung  | 152 |

|   |            |
|---|------------|
| 4. Sponsoring, Product Placement und Schleichwerbung  | 154        |
| 5. Virtuelle Werbung  | 155        |
| a) Notwendigkeit eines Hinweises auf die Existenz virtueller Werbung  | 155        |
| b) Virtuelle Werbung als Sprache  | 157        |
| c) Virtuelle Werbung als „Tarnung von Werbung“  | 157        |
| 6. „Redaktionelle Werbung“  | 158        |
| 7. Verhältnis der Begriffe Product Placement, Schleichwerbung und Werbung im Programm zueinander  | 158        |
| <b>III. Struktur des Sponsoring und des Sponsoringrechts</b>  | <b>159</b> |
| 1. Begriff  | 159        |
| a) Kommunikationspolitische Wirkungen als Ziel von Sponsoring   | 159        |
| b) Anwendbarkeit der Werbestructur auf das Sponsoring   | 161        |
| 2. Sponsoring als Tun   | 165        |
| 3. Sponsoring als Sprache: Sponsoringwerbung  | 165        |
| a) Sponsoringwerbung  | 165        |
| b) Unterschiedlicher Informationsgehalt von Sponsoringwerbung und Werbung als Folge der werbeträger- und werbemittelrechtlichen Beschränkung im Rundfunkrecht | 166        |
| c) Unterschiedliches und werbeträgerabhängiges, positives Rezipienteninteresse bei Sponsoring und Werbung   | 167        |
| 4. Verhältnis von Sponsoring und Werbung  | 169        |
| a) Negative Parallelität  | 169        |
| b) Positive Parallelität  | 170        |
| c) Umgehungsratio   | 170        |
| 5. Betätigungsfreiheitlicher Schutz von Sponsoringwerbung (Art. 12 GG) bei Werbeinhaltsverboten   | 171        |
| a) Beschränkung und Untersagung des Tuns  | 171        |
| b) Beschränkung und Untersagung der Sprache   | 173        |
| <b>IV. Struktur der Public Relations (Öffentlichkeitsarbeit) und Verweisung auf das zugehörige Recht</b>  | <b>175</b> |
| 1. Begriff  | 175        |
| 2. Strategische und rechtliche Bedeutung der Public Relations   | 176        |
| a) Kommunikationsstrategische Bedeutung   | 176        |
| b) Rechtliche Bedeutung   | 178        |
| 3. Kriterien für die Unterscheidung von Public Relations und Werbung und das Scheitern der Parallelitätsratio   | 179        |
| 4. Kategorisierungsmut und/oder die Inkaufnahme von Begründungsdefiziten  | 184        |
| a) Integration der werbestrategischen Definitionen in die juristische Begründung  | 184        |
| b) Unterscheidung von werbungsakzessorischen und nicht werbungsakzessorischen Public Relations  | 186        |

|  |     |
|--|-----|
| c) Fehlende Integration und das Fehlen einer überzeugenden Begründung _____  | 187 |
| V. Einfachgesetzlicher Lauterkeitsanspruch (§ 1 UWG) als Charakteristikum<br>kommerzieller Sprache _____   | 189 |
| 1. Beschränkung des Untersuchungsumfangs auf die rechtliche Disparität von zutreffender<br>Sprache und Tun _____   | 190 |
| 2. Bedeutung von § 1 und § 3 UWG für die Beschränkung kommerzieller Sprache _____  | 191 |
| a) Materielle Bedeutung: Auffangtatbestände _____  | 191 |
| b) Sanktionsrechtliche Bedeutung: auch private Kläger und kein Sanktionsmonopol der<br>Behörden _____  | 191 |
| 3. „Kommerzielle Sprache“ im Sinne von § 1, 3 UWG (und Art. 5 GG) _____  | 196 |
| 4. §§ 1,3 UWG: „ im geschäftlichem Verkehr“ _____  | 198 |
| a) 1. Anknüpfungspunkt: Inhalt der Sprache _____   | 198 |
| b) 2. Anknüpfungspunkt:( Grundrechtliche) Positionierung des Kommunikators _____   | 199 |
| 5. „Zu Zwecken des Wettbewerbs“ _____  | 204 |
| a) UWG-Medienwettbewerbsrecht _____  | 205 |
| b) Mediales Marketingrecht _____   | 207 |
| c) Karitativ- und umweltschutzmotivierte Werbung für Spenden _____   | 212 |
| d) Unterschiedliche Behandlung von Sprache und Tun durch den meinungsfreiheitlichen<br>Schutz der Werbung- der Bruch der Vermutungskette bei der Sprache von<br>Wirtschaftssubjekten _____ | 214 |
| 6. Lauterkeitsanspruch (§1 UWG) _____  | 215 |
| a) Historische Entwicklung _____   | 215 |
| b) Rang des Verbraucherschutzes: wettbewerbsakzessorischer oder selbständiger<br>Verbraucherschutz? _____  | 217 |
| c) § 1 UWG als verfassungsgemäße Generalklausel _____  | 219 |
| d) Generalklausel _____  | 220 |
| e) „Gute Sitten“ als „Blankettnorm“ _____  | 229 |
| f) „Gute Sitten“ als Generalklausel _____  | 234 |
| g) Verfassungsrechtlicher Einfluß auf die Konkretisierung der Generalklausel _____   | 252 |
| 7. Getarnte Werbung und ihre Beurteilung durch §§ 1,3 UWG  |     |
| – zum verfassungsrechtlichen Einfluß beim Schutz des Rezipienteninteresses _____   | 276 |
| a) Lauterkeitsrechtliche Beurteilung für den werbenden Anteil in der Kunst - das<br>Rechtsprechungsbeispiel „Feuer, Eis & Dynamit“ _____   | 277 |
| b) Unterschiedlicher Einfluß der Grundrechte bei der Konkretisierung von § 1 und § 3<br>UWG _____  | 281 |
| c) „Konkretisierung“ in der BGH-Entscheidung „Feuer, Eis & Dynamit“ in einer<br>grundrechtlichen Kritik _____  | 286 |
| d) (Product) Placement in einer (Rezipienten-)Sphärenbetrachtung _____   | 291 |
| e) Unterschiede von kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache _____  | 298 |

## VIERTES KAPITEL

### „FREEDOM OF COMMERCIAL SPEECH DOCTRINE“ IM VERFASSUNGSRECHT DER

|   |     |
|---|-----|
| VEREINIGTEN STAATEN VON AMERIKA   | 301 |
| I. Umfang der Rechtsvergleichung und Vorgehensweise   | 301 |
| 1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede von deutschem und us-amerikanischem Verfassungsrecht  | 301 |
| a) These 1: Notwendigkeit einer Definition der „kommerziellen Sprache“.   | 302 |
| b) These 2: Man reiche der „commercial speech“ öfter den Finger und sie nimmt bald die ganze Hand.  | 303 |
| c) These 3: „Kommerzielle Sprache“ wird informations- und nicht „meinungsfreiheitlich“ geschützt.   | 304 |
| 2. Konturen des Rechts gegen „unlautere Werbung“ in den USA   | 307 |
| 3. Vorgehensweise   | 309 |
| II. „Commercial speech Doctrine“ des Supreme Court  | 310 |
| 1. Schutzbereich von „freedom of speech“ auf Bundesebene durch den ersten Zusatzartikel   | 310 |
| a) Schutz von „speech“ als „Äußerung“   | 310 |
| b) Schutz von „speech“ versus „conduct“   | 311 |
| 2. Schutz von „liberty“ und „property“ auf der Bundesebene nach dem fünften Zusatzartikel   | 314 |
| 3. Grammatische und systematische Auslegung: Schrankendivergenz von „Äußerungsfreiheit“ und „(wirtschaftlicher) Betätigungsfreiheit“ wie in der deutschen Verfassung (Art. 5 Abs. 2 und Art. 12 Abs.1 S.2 GG) | 314 |
| a) Schrankendivergenz von „Äußerungsfreiheit“ und „(wirtschaftlicher) Betätigungsfreiheit“ auf der Bundesebene  | 315 |
| b) Schutzbereiche und Schrankendivergenzen aufgrund der Geltung der bundesstaatlichen Verfassung auf Staatenebene   | 315 |
| 4. Gehalt der Schranken: der effektive Garantiebereich  | 316 |
| a) Nicht-kommerzielle Äußerungsfreiheit im 1.Zusatzartikel: „no law“  | 316 |
| b) Wirtschaftliche Betätigung des 5. und 14.Zusatzartikel: „Due process“  | 317 |
| c) Lösung der Schrankendivergenz durch den Supreme Court - der „intermediate scrutiny test“   | 318 |
| 5. „Commercial speech“ in ihren Unterschieden zu „nicht-kommerzieller Sprache“  | 319 |
| a) Kontrolle des Äußernden über den Wahrheitsgehalt der Aussage   | 319 |
| b) Keine Eilbedürftigkeit   | 319 |
| c) Keine Gefahr der Entmutigung des Äußernden („no risk of chill“)  | 319 |
| d) Keine Positiv-Definition der „commercial speech“   | 320 |
| 6. Historische Anfänge der Rechtsprechung zur „commercial speech“   | 322 |

|  |     |
|--|-----|
| a) Befürchtung einer Umgehung und die Nichtanerkennung des Vermischungsarguments bei klassischer Werbung   | 322 |
| b) Anerkennung des Vermischungsarguments bei medialer und ideeller Sprache   | 322 |
| c) Eröffnung des Schutzbereichs des 1. Zusatzartikels für Preiswerbung bei Heilmitteln und (implizite) Aufgabe des Umgehungsarguments  | 323 |
| d) Ein Versuch der Emanation von „commercial speech“ zu „speech“: Werbung „im öffentlichen Interesse“  | 324 |
| e) Besondere Anforderungen an die „commercial speech“  | 327 |
| 7. Lenkung durch Werbeverbote anstelle von Herstellungs- und/oder Vertriebsverboten und -beschränkungen - zum Verhältnis der Einschränkung von Sprache und zur Einschränkung von Tun | 333 |
| a) Parallelitätsargument: Freiheit von Tun verlangt die Freiheit der Sprache   | 334 |
| b) Hierarchieargument: Beschränkung der Sprache weniger belastend als die Beschränkung des Tuns  | 334 |
| c) Aufgabe des Hierarchiearguments zugunsten des Parallelitätsarguments auch in den Bereichen der „vice“   | 335 |
| 8. Negatives Rezipienten-, Äquivalenz- und Integritätsinteresse  | 339 |
| a) Freiheit, nicht zuhören zu wollen: negatives Rezipienteninteresse   | 339 |
| b) Freiheit, einen bestimmten Inhalt nicht zur Kenntnis nehmen zu müssen: Negatives Rezipienteninteresse als Unterfall des Schutzes des Integritätsinteresses                        | 340 |
| c) Äquivalenzinteresse   | 342 |
| III. Grundsätzliche Kritik an der Rechtsprechung des Supreme Court   | 343 |
| 1. Weitgehende staatliche Abstinenz auf den Ideen- und Produktmärkten - die Exhumierung von „Lochner v. New York“?   | 343 |
| a) Ungeprüfte Idee vom „Markt der Ideen“ anstatt der Frage nach der Unvollkommenheit auch dieses Marktes   | 343 |
| b) Vorrang der Selbstbestimmung gegen verfassungsrechtliche Forderungen nach Vertragsparität   | 345 |
| c) „Commercial speech doctrine“ als Exhumierung von „Lochner v. New York“?   | 345 |
| 2. Fehlender Meinungswert von „Werbung“ - der Vorwurf vom „funktionslosen Begriffsdenken“  | 346 |
| 3. „Free flow of information“ als Mittel und „quest of truth“ als Ziel   | 347 |
| 4. Forderung nach gleichem Schutz für „kommerzielle“ und „nicht-kommerzielle“ Sprache  | 349 |
| a) Keine größere Resistenz von kommerzieller Sprache   | 349 |
| b) Keine leichtere Verifizierbarkeit der kommerziellen Sprache   | 349 |
| 5. Schutz von „Commercial speech“ zulasten von „non commercial speech“ - das Relativierungsargument („dilution“) bei „City of Cincinnati v. Discovery Network Inc.“                  | 350 |
| a) „Verwässerung“ durch Prozeß („dilution by leveling“)  | 350 |
| b) „Verwässerung“ durch ein materielles Äquivalenztheorem  | 351 |
| c) Sprache wieder als „preferred freedom“  | 353 |

|   |     |
|---|-----|
| IV. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen für das deutsche Verfassungsrecht | 353 |
| 1. These 1: Definitionsgewißheit?   | 353 |
| 2. These 2: Erstarkung der „commercial speech“                              | 354 |
| 3. These 3: Informationsfreiheitlicher Schutz von Werbung                   | 355 |
| 4. Schlußfolgerungen für das deutsche Recht                                 | 355 |
| a) Relativierungsargument   | 355 |
| b) Negative Rezipientenfreiheit und öffentliches Interesse                  | 356 |

## FÜNFTES KAPITEL

### SCHUTZ KOMMERZIELLER SPRACHE – INSBESONDERE DER WERBUNG –

|  |     |
|--|-----|
| IN ART. 10 DER EUROPÄISCHEN MENSCHENRECHTSKONVENTION (EMRK)  | 357 |
| I. Bedeutung der EMRK und Gang der Untersuchung  | 357 |
| 1. EMRK als Grundlage von Gemeinschaftsgrundrechten  | 357 |
| 2. Entscheidungsdeterminanz der EMRK für die Konkretisierung von § 1 UWG   | 359 |
| 3. Gang der Darstellung  | 360 |
| II. Kommerzielle Sprache als „Meinung“ im Sinne von Art.10 Abs. 1 EMRK   | 361 |
| 1. Grammatische Auslegung: Meinungs-, Äußerungs- und Informationsfreiheit  | 361 |
| a) Meinungs- und/oder Äußerungsfreiheit  | 361 |
| b) Informationsfreiheit  | 362 |
| 2. Systematische Auslegung: Binnensystematik von Art. 10 Abs. 1 EMRK   | 364 |
| a) Garantien für die mediale Sprache   | 364 |
| b) Eröffnung des Schutzbereichs medialer Garantien für „Programme“, mit werblichen Inhalten wie auch unter Beifügung von Werbung (Werbung via mediis)  | 365 |
| c) Von der Eröffnung des Schutzbereichs trotz kommerzieller Inhalte und Auswirkungen der „Äußerung“ bis zum äußerungsfreiheitlichen Schutz der Werbung | 366 |
| d) Zusammenfassung   | 370 |
| 3. Systematische Auslegung: Systematischer Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der EMRK  | 371 |
| a) Umkehrschluß aus Art. 16 EMRK – Schutz nur der politischen Sprache?   | 371 |
| b) Verhältnis zur Glaubensfreiheit (Art. 9 EMRK)   | 371 |
| c) Konkurrenzlage vergleichbar mit Art. 5 und 12 GG: Deutschen- und Jeder-Rechte?  | 373 |
| d) Schutz der „wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit“ in der EMRK   | 373 |
| 4. Teleologische Auslegung   | 377 |
| III. Verbraucherrechte in der EMRK   | 378 |
| 1. Negative Rezipientenfreiheit  | 378 |
| a) Privatleben   | 378 |
| b) Wohnung   | 379 |
| c) Briefverkehr  | 379 |



|   |     |
|---|-----|
| d) Schutz vor schockierendebn Äußerungen  | 379 |
| 2. Schutz des Integritätsinteresses   | 380 |
| a) Recht auf Leben (Art. 2 EMRK)  | 380 |
| b) Positive Rezipientenfreiheit: der Schutz der Gesundheit durch Informationen des Staates (Art. 10 Abs. 1 EMRK)    | 380 |
| 3. Schutz des Äquivalenzinteresses  | 381 |
| a) Schutz der Erwerbsfreiheit (Art. 1 des (1.)ZP)   | 381 |
| b) Schutz des Äquivalenzinteresses durch die Informationen des Staates und Privater (Art. 10 Abs. 1 EMRK)           | 382 |
| IV. Einschränkung kommerzieller Sprache nach Art. 10 Abs.2 EMRK   | 383 |
| 1. „Vom Gesetz vorgeschrieben“  | 383 |
| 2. Legitimes Ziel   | 384 |
| a) Schutz der Gesundheit  | 384 |
| b) „Rechte anderer“ insbesondere der „gute Ruf“   | 384 |
| c) Schutz der Moral   | 388 |
| d) Aufrechterhaltung der Ordnung  | 388 |
| 3. „Unentbehrlich in einer demokratischen Gesellschaft“   | 395 |
| a) „Unentbehrlich“  | 395 |
| b) „In einer demokratischen Gesellschaft“   | 396 |
| V. Bedeutung eines konventionsrechtlichen, „meinungsfreiheitlichen“ Werbungsschutzes für das Recht in Deutschland   | 399 |
| 1. Kollisionslage zwischen meinungsfreiheitlichem Werbungsschutz in EMRK und GG?                                    | 399 |
| 2. Verfassungsrang der EMRK?  | 400 |
| a) EMRK als allgemeine Regel des Völkerrechts (Art.25 GG)   | 400 |
| b) Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (Art.1 Abs.2 GG)                              | 401 |
| 3. EMRK als Grundlage gemeinschafts- und unionsrechtlicher (Grund-)-Rechte mit Anwendungsvorrang im deutschen Recht | 402 |
| a) Eröffnung des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsgrundrechte  | 402 |
| b) Vorrang der EMRK vor den „Gemeinschaftsgrundrechten“?  | 403 |
| 4. EMRK als Bundesgesetz und grundrechtliches Auslegungsargument für meinungsfreiheitlichen Werbungsschutz          | 407 |
| a) EMRK als grundrechtliches Auslegungsargument   | 407 |
| b) Art. 10 EMRK und der Schutz von Werbung nach Art. 12 GG oder Art. 5 GG   | 409 |
| 5. EMRK als Bundesgesetz und einfachgesetzliches Auslegungsargument für deutsche Gerichte und Rechtsanwender        | 412 |
| a) Einschränkungen des EMRK-Anwendungsbereichs aufgrund der lex posterior Regel?                                    | 413 |
| b) BGH-Rechtsprechung zur Unternehmenswerbung in Fall I, Fall II a, Fall IV und V konventionsgemäß?                 | 417 |

|   |     |
|---|-----|
| c) Personale Werbeverbote (Fall VI) konventionsgemäß? _____                   | 418 |
| VI. Schutz von Werbung nach Art. 10 EMRK – Zusammenfassung und Ausblick _____ | 419 |

## SECHSTES KAPITEL

### MARKETING-MIX UND KOMMERZIELLE SPRACHE

|  |     |
|--|-----|
| AUS GEMEINSCHAFTSRECHTLICHER PERSPEKTIVE _____   | 421 |
| I. Vorbemerkung zur Vorgehensweise _____   | 421 |
| 1. Konzentration auf die Werbung und die Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 EGV) _____   | 421 |
| a) Werbung _____   | 421 |
| b) Warenverkehrsfreiheit _____   | 423 |
| 2. Kollisionslage: Gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen als Eingriff in Grundrechte der deutschen Verfassung? _____                 | 428 |
| a) Primärrechtliche Grundlagen _____   | 428 |
| b) Schutz des Integritätsinteresses durch Sekundär- und Tertiärrecht: die Beispiele Säuglingsnahrung und Tabak _____                       | 431 |
| c) Prozessuale Komponente: die Prüfungskompetenz des BVerfG? _____   | 436 |
| d) Materieellrechtliche Komponente: Schutz der Grundrechte vor Handlungen der Gemeinschaft? _____  | 444 |
| e) Gehalt der „unabdingbaren Standards“ nach der „Maastricht- und Solange-Rechtsprechung“ _____  | 448 |
| f) Gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen und -verbote als Eingriffe in deutsche Grundrechte – eine Bestandsaufnahme _____            | 451 |
| 3. Interdependenzsituation: Mitgliedstaatliche Grundrechte als Basis des gemeinschaftsrechtlichen Schutzes von kommerzieller Sprache _____ | 453 |
| 4. Interdependenzsituation: Inländer- und umgekehrte Diskriminierungen _____   | 454 |
| a) Terminologie: Inländer- oder umgekehrte Diskriminierung _____   | 455 |
| b) „Inländerdiskriminierung“ und Gemeinschaftsrecht _____  | 457 |
| c) „Inländerdiskriminierung“ und deutsches Verfassungsrecht _____  | 460 |
| 5. Vorgehensweise _____  | 468 |
| II. Gemeinschaftsgrundrechtlicher Schutz der Werbefreiheit? _____  | 468 |
| 1. Quellen der Gemeinschaftsgrundrechte _____  | 468 |
| 2. Werbefreiheit als Meinungsfreiheit? _____   | 469 |
| a) Meinungsfreiheit _____  | 469 |
| b) Werbefreiheit als Meinungsfreiheit? _____   | 478 |
| III. Grundfreiheitsliche Beurteilung der (Verpackungs-) Werbung durch den EuGH _____   | 488 |
| 1. Wahrung der Grundfreiheiten bei Werbebeschränkungen durch die Mitgliedstaaten _____   | 488 |

|  |     |
|--|-----|
| a) Werbung als Bestandteil der Grundfreiheit   | 489 |
| b) Werbende Wirkung des Programms (Fremdwerbung) als Bestandteil des grund- und<br>meinungsfreiheitlichen Schutzes der medialen Sprache? | 489 |
| 2. Wahrung der Grundfreiheiten bei Werbebeschränkungen   |     |
| durch die Gemeinschaftsorgane  | 494 |
| a) Werbeverbote  | 494 |
| b) Sprachregelungen bei Etikettierungsvorschriften   | 495 |
| 3. Global-, Euro, Multi-State-, grenzüberschreitende und Binnen-Werbung und Marketing  |     |
| – Begriffsabgrenzungen   | 496 |
| a) „Globales Marketing“ und „globale Werbung“  | 496 |
| b) „Euro-Marketing“ und „Euro-Werbung“   | 499 |
| c) „Binnen“-Marketing und „Binnen“-Werbung   | 499 |
| d) Marketing und Werbung: „grenzüberschreitend“ oder „Multi-State“   | 500 |
| 4. Eröffnung des Anwendungsbereich des Vertrages (Art. 30 EGV) nach „Dassonville-<br>Cassis“   | 506 |
| a) Dassonville-Test  | 506 |
| b) Werbebeschränkungen als „Maßnahme gleicher Wirkung“   | 507 |
| 5. Eröffnung des Anwendungsbereich des Vertrages (Art. 30 EGV)   |     |
| nach „Keck-Hünermund“  | 515 |
| a) Keck-Test – die Einführung der Verkaufsmodalität  | 515 |
| b) Werbung als Verkaufsmodalität: der Umkehrschluß?  | 516 |
| c) Kommunikationspolitik als aliud zur Verkaufsmodalität?  | 523 |
| d) „Grenzüberschreitende Kontaktaufnahme“ als Bindeglied zwischen<br>Kommunikations-, Distributions- und Kontrahierungspolitik           | 524 |
| e) Subsidiaritätsprinzip und „Keck“-Ratio  | 525 |
| f) Kommunikationspolitik im Rahmen von Art. 30 EGV – ein Modell  | 529 |
| g) Akzessorietät der kommunikationspolitische Aspekte bei distributions- und<br>kontrahierungspolitischen Sachverhalten                  | 531 |
| h) Kommunikationspolitische Aspekte im Rahmen des Art. 30 EGV – ein Modell   | 533 |
| 6. Meinungsfreiheitlicher Schutz von Werbung im Gemeinschaftsrecht – eine<br>Zusammenfassung   | 534 |
| a) „Bestimmte Verkaufsmodalität“ als Einschränkung des Anwendungsbereichs der<br>Gemeinschaftsgrundrechte                                | 534 |
| b) Gleichwertiger Schutz der Marketingoptionen durch die „wirtschaftliche<br>Betätigungsfreiheit“  | 537 |
| 7. Exkurs: Anwendbares Recht für „Werbung mit Auslandsberührung“   | 538 |
| a) Geltendes Wettbewerbsrecht bei Auslandsberührung nach deutschem „internationalen<br>Privatrecht“                                      | 538 |
| b) Einfluß des sekundären Gemeinschaftsrechts auf das (deutsche) internationale<br>Wettbewerbsrecht                                      | 549 |

|  |     |
|--|-----|
| c) Einfluß des primären Gemeinschaftsrechts auf das (deutsche) internationale Wettbewerbsrecht _____   | 553 |
| d) Werbung mit Auslandsbezug – eine Struktur _____   | 556 |
| e) Kongruenz des Anwendungsbereichs der wertneutralen und wertbezogenen Vorschriften des öffentlichen Wirtschaftsrechts mit dem deutschen internationalen Wettbewerbsrecht _____ | 559 |
| f) Reichweite der Verweisung des deutschen internationalen Wettbewerbsrechts auf ausländisches Werberecht (Art. 38, 6 EGBGB) bei der Werbung im Ausland _____                    | 563 |
| g) Schutzanspruch (deutscher) Werbetreibender gegenüber der Bundesrepublik Deutschland bei ausländischen Werbebeschränkungen _____   | 570 |
| h) Zusammenfassung _____   | 571 |

## SIEBTES KAPITEL

|   |            |
|---|------------|
| <b>WERBUNG (ALS MEINUNG) IM GRUNDGESETZ _____</b>   | <b>573</b> |
| <b>I. Vorbemerkung _____</b>  | <b>573</b> |
| 1. Verengung staatlicher Freiheit zur Wirtschaftslenkung und Beschränkung der Berufsausübung durch den äußerungsfreiheitlichen Schutz der Werbung _____   | 573        |
| 2. Belege für die und Folgen der Bemühungen um eine Einengung der gesetzgeberischen Ermessens bei der Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung durch den meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung? _____ | 576        |
| a) Fixierung auf Begriff und Funktion der Werbung für die „öffentliche Meinung“ _____   | 576        |
| b) Vernachlässigung der Möglichkeiten des Schutzes von informativer Werbung im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit _____  | 579        |
| c) Öffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs und die Aufgabe der Ermittlung des effektiven Garantiebereichs _____   | 583        |
| 3. Vorgehensweise _____   | 586        |
| a) Beschränkung des Untersuchungsumfangs auf die Konkurrenzlage zwischen Meinungs- und Betätigungsfreiheit _____  | 586        |
| b) Konzentration auf den effektiven Garantiebereich eines meinungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung _____   | 590        |
| c) Ergebnisoffenheit gegenüber den Entwicklungstendenzen zu einer Verengung der Handlungs- und Beurteilungsspielräume des Gesetzgebers bei der Wirtschaftslenkung _____                                       | 590        |
| d) Struktur der Untersuchung _____  | 591        |
| <b>II. Ist Werbung in der Verfassung geschützt - ein Rückblick _____</b>  | <b>596</b> |
| 1. Persönlichkeitskerntheorie _____   | 596        |
| 2. Werbung als Teil der Wettbewerbsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG) _____   | 597        |
| a) Werbung als Teil der Wettbewerbsfreiheit _____   | 597        |
| b) Schutz der Wettbewerbsfreiheit in Art. 2 oder Art. 12 GG _____   | 597        |

|   |     |
|---|-----|
| 3. Kommerzielle Werbung: fehlende verfassungsrechtliche Verbürgung der Hauptfreiheit _____  | 601 |
| a) Haupt- und Hilfsfreiheit _____   | 601 |
| b) Fehlende Hauptfreiheit bei der kommerziellen Werbung? _____  | 602 |
| III. Werbefreiheit als Meinungsfreiheit (Art.5 Abs.1 S.1 1.Alt GG)? _____   | 603 |
| 1. Grammatische Auslegung _____   | 603 |
| a) Werbung als „Meinung“ _____  | 603 |
| b) Meinung als Werturteil? _____  | 604 |
| 2. Historische Auslegung _____  | 606 |
| a) Vom Abwehrrecht gegen den Staat zur staatlichen Aufgabe der Wirtschaftslenkung<br>und von der Kritik am Staat zur Kritik an Privaten _____ | 606 |
| b) Kein positiver Befund der historischen Auslegung für den meinungsfreiheitlichen<br>Schutz der Werbung _____                                | 607 |
| 3. Teleologische Auslegung der Meinungsfreiheit _____   | 608 |
| a) Begriffe: „liberale“ und „institutionelle“ Betrachtungsweise _____   | 608 |
| b) „Liberale“ Betrachtungsweise _____   | 610 |
| c) „Institutionelle Betrachtungsweise“ _____  | 621 |
| d) Ausschluß bewußt oder erwiesen unwahrer Tatsachen vom meinungsfreiheitlichen<br>Schutzbereich _____  | 639 |
| e) Schutz von Werturteilen als Schutz von Wahrhaftigkeit bei der Eröffnung des<br>meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs _____                 | 641 |
| f) Bedeutung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen bei Werbung und nicht-<br>kommerzieller Sprache _____                                 | 644 |
| 4. Systematische Auslegung innerhalb von Art.5 Abs.1 S.1 und 2 GG _____   | 646 |
| a) Wortlautnähere Argumentation: Differenz zwischen Meinung, medialer Garantie und<br>Informationsfreiheit _____                              | 646 |
| b) Art. 5 Abs.1 GG als einheitliches Kommunikationsgrundrecht _____   | 648 |
| c) Wortlautnähere und meinungsfreiheitliche Konzeption anhand der BVerfG-<br>Rechtsprechung _____   | 654 |
| 5. Systematische Unterschiede der Garantien des Tuns und der Sprache (im Grundgesetz) _____   | 658 |
| a) Relevanz der Unterscheidung von Garantien der "Sprache" und des "Tuns" _____   | 658 |
| b) Verhältnis der Schranken des Tuns zu den Schranken der Sprache _____   | 659 |
| 6. Schrankentrias des Art.5 Abs.2 GG bei werblichen „Meinungen“ _____   | 671 |
| a) Notwendigkeit der Differenzierung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller<br>Sprache _____  | 672 |
| b) Schranken der Kommunikationsfreiheit(en) in Art. 5 Abs. 2 GG _____   | 675 |
| c) Veränderungen des effektiven Garantiebereichs der werblichen „Meinung“ _____   | 679 |
| d) Fallgruppenbildung bei Art. 5 Abs. 1 und 2 GG _____  | 689 |
| e) Folgen des „meinungsfreiheitlichen“ Schutzes der Werbung: „Sondergesetze“ werden<br>zur Regel _____  | 693 |

|  |     |
|--|-----|
| IV. Grundrechtskonkurrenz zwischen Meinungs- und wirtschaftlicher<br>Betätigungsfreiheit _____   | 694 |
| 1. Konkurrenzlage _____  | 694 |
| a) Begriff _____   | 694 |
| b) Ein dem Staat zurechenbarer Eingriff _____  | 695 |
| c) Contra die „Abgrenzungsthese“ _____   | 696 |
| 2. Konkurrenzarten _____   | 697 |
| a) Abstrakte und konkrete Konkurrenzen _____   | 697 |
| b) Tatbestands- und Rechtsfolgekonkurrenzen _____  | 698 |
| 3. Tatbestandskonkurrenzen: Spezialität _____  | 700 |
| a) Spezialität _____   | 700 |
| b) Meinungsfreiheitlicher Schutz für die Werbung als Durchbrechung der Spezialität des<br>persönlichen Geltungsbereichs von Art. 12 GG _____         | 702 |
| c) Keine Konkurrenzlage zwischen Art. 2 und 12 GG bei Unionsbürgern, die natürliche<br>Personen sind (Art. 6 EGV)? _____                             | 704 |
| d) Keine Konkurrenzlage zwischen Art. 2 und 12 GG bei juristischen Personen „aus“<br>dem (EU)-Ausland ? _____  | 709 |
| e) Relevanz der Diskussion um dem Grundrechtsschutz für ausländische juristische<br>Personen für das Werbungsrecht _____                             | 713 |
| 4. Tatbestandskonkurrenzen: Tatbestandsüberschneidungen _____  | 713 |
| a) Partielle Tatbestandsidentität des sachlichen Geltungsbereichs von Grundrechten _____   | 713 |
| b) Konkurrenzvermeidende Tatbestandsauslegung _____  | 714 |
| c) Maßgeblichkeit der Eingriffswirkung: Werbeverbote oder -beschränkungen _____  | 717 |
| d) Meinungsfreiheitlich differenzierter Werbungsschutz _____   | 719 |
| 5. Rechtsfolgekonkurrenzen _____   | 721 |
| a) Idealkonkurrenz _____   | 721 |
| b) Rechtsfolgenspezialität. _____  | 722 |
| c) Grundrechtlicher Wirkungsverbund _____  | 729 |
| d) Berücksichtigung der Kumulation von Schutzgütern bei der Anwendung des<br>Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes _____                                   | 739 |
| e) Zusammenfassung _____   | 740 |
| V. Schutz des Rezipienten vor der Werbung _____  | 741 |
| 1. Begriff: negatives Rezipienteninteresse _____   | 742 |
| a) Rezipient und positives Rezipienteninteresse _____  | 742 |
| b) Negative Freiheit und negatives Rezipienteninteresse _____  | 742 |
| c) „Qualifiziertes“ negatives Rezipienteninteresse _____   | 743 |
| d) Dogmatischer Schutz des Rezipienteninteresses: Rezipienteninteresse als<br>Rezipientenfreiheit? _____   | 743 |
| 2. Konkordierung positiver, negativer Freiheiten und Interessen innerhalb der<br>Bekennnisfreiheit (Art. 4 GG) – das Kruzifixurteil des BVerfG _____ | 744 |

|   |     |
|---|-----|
| a) Neutralität als Voraussetzung für Bekenntnisfreiheit und das „hypothetische Kruzifix-Szenario“   | 744 |
| b) Rekurs auf (Grund)-Rechte zur Konkretisierung der Neutralität  | 745 |
| c) Unmöglichkeit der Konkordierung mit der Folge des Primats der negativen Rezipientenfreiheit?   | 750 |
| 3. Konkordierung positiver und negativer (Rezipienten-)Freiheiten innerhalb der werblichen „Meinungsfreiheit“ (Art. 5 GG) und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (Art. 12 GG) | 753 |
| a) Kommerzielle Werbung in der staatlichen Sphäre als Parallelszenario zum „Kruzifixurteil“ – die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Neutralität (Art. 12 GG)                       | 754 |
| b) Vergleichbare Neutralität bei religiöser und wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit (Art. 12, 14 GG)?  | 756 |
| c) Fremdwerbung von Staat und öffentlichen Unternehmen außerhalb der eigenen Sphäre   | 757 |
| 4. BVerfG-Rechtsprechung zur negativen Rezipientenfreiheit bei nicht-kommerzieller Sprache außerhalb von Art. 4 GG  | 759 |
| a) Gleichrangigkeit von Aktivität und Passivität durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)  | 759 |
| b) Kombinationsformel aus „qualifizierter Rezipientensituation“ und „Vermeidungslast“   | 761 |
| 5. Schutz der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG bei kommerzieller und nicht-kommerzieller Sprache  | 762 |
| a) Unzulässigkeit von Außenwerbung bei Bejahung einer negativen Rezipientenfreiheit   | 762 |
| b) Negatives Rezipienteninteresse (in Art. 5 GG): Schutz vor Beeinflussung oder vor Belästigung?  | 763 |
| c) Unterschiede des Schutzes der negativen Rezipientenfreiheit in Art. 5 GG und in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG  | 765 |
| d) Aktivität vor Passivität?  | 770 |
| e) Negative Rezipientenfreiheit als Schutz vor Außenwerbung (Fall II b) und sexistischer Werbung (Fall III) ?   | 775 |
| 6. Negative Rezipientenfreiheit bei Fremdwerbung in den Medien – der Bereich medialer Sprache   | 777 |
| a) Berührung des Rezipienteninteresses  | 777 |
| b) Rezipienteninteressen bei medialer Sprache mit Fremdwerbung  | 778 |
| c) Differenzierungen der negativen Rezipientenfreiheit bei Fremdwerbung in Medien?  | 779 |
| d. Zusammenfassung  | 783 |
| 7. Negative Rezipientenfreiheit durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art.2 Abs.1 i.V.m. Art.1 Abs.1 GG) bei kommerzieller Sprache   | 784 |
| a) Persönlichkeitsrecht in der Verfassung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)  | 784 |
| b) Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts   | 785 |
| 8. Inhaltliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen, allgemeinen Persönlichkeitsrechts  | 788 |

|   |     |
|---|-----|
| a) „Allgemein“ _____  | 788 |
| b) Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrecht? – die Rechtsprechung des BVerfG ____                     | 788 |
| c) Sphärenbetrachtung und Spezialität _____   | 789 |
| d) Juristische Personen als Grundrechtsträger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts? _____                    | 790 |
| 9. Inhaltliche Konkretisierung des privatrechtlichen, allgemeinen Persönlichkeitsrechts _____                 | 793 |
| a) Terminologische Parallelität _____   | 793 |
| b) Sphärenbetrachtung _____   | 794 |
| 10. Negative Rezipientenfreiheit als Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) _____                        | 795 |
| a) Einordnung der negativen Rezipientenfreiheit in ein Sphärenmodell – Fall III _____                         | 795 |
| b) Werbeinhalte als Verstoß gegen die Menschenwürde? _____  | 796 |
| c) Urteilsbegründungen als Verletzung der Menschenwürde? _____  | 798 |
| d) Rekurs auf die Menschenwürde als Ausweg aus der Sphärenproblematik? _____                                  | 798 |
| e) Untersagung nach § 1 UWG _____   | 800 |
| f) Zusammenfassung _____  | 801 |
| 11. Werbemittel- und werbeträgerabhängige Fallgruppen des Schutzes der negativen<br>Rezipientenfreiheit _____ | 801 |
| a) Unangekündigte Vertreterbesuche _____  | 802 |
| b) Briefwerbung _____   | 808 |
| c) Telefonwerbung _____   | 812 |
| d) Telefaxwerbung _____   | 816 |
| e) Werbung in Netzwerken _____  | 818 |
| 12. Zusammenfassung _____   | 820 |