

Timo Arnold

Wirtschaftswerbung und die Meinungsfreiheit des Grundgesetzes

Plädoyer für einen vollumfänglichen
Grundrechtsschutz kommerzieller
Werbeinhalte

Wirtschaftswerbung und die Meinungsfreiheit des Grundgesetzes

Timo Arnold

Wirtschaftswerbung und die Meinungsfreiheit des Grundgesetzes

Plädoyer für einen vollumfänglichen
Grundrechtsschutz kommerzieller
Werbeinhalte

 Springer

Timo Arnold
Schwansee, Deutschland

Dissertation Friedrich-Schiller-Universität Jena, 2018

ISBN 978-3-658-24789-8 ISBN 978-3-658-24790-4 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-24790-4>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2019

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort

Dieses Werk entstand während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Es wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena im September 2018 als Dissertation angenommen. Der Weg bis zur druckfertigen Fassung war erkenntnisreich, aber auch steinig. Glücklicherweise musste ich ihn nicht alleine beschreiten. Den zahlreichen Weggefährten, die mich während meiner Promotionszeit begleiteten und in vielfältiger Weise unterstützten, möchte ich an dieser Stelle danken.

Ein ganz besonders herzliches Dankeschön gilt zunächst meinem Doktorvater, Prof. Dr. Michael Brenner, für die hervorragende Betreuung und konstruktive Kritik. Die Jahre an seinem Lehrstuhl haben mich nachhaltig geprägt. Ich werde sie in bester Erinnerung behalten. Ebenfalls sehr gedankt sei Prof. Dr. Thomas Kleinlein für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens sowie Prof. Dr. Jochen Schlingloff für seine Mitwirkung in der Prüfungskommission.

Jonas Hyckel und Benedikt Coridaß danke ich vielmals dafür, dass sie sich die Zeit nahmen, die Rohfassung Korrektur zu lesen. Ich weiß, das war nicht selbstverständlich.

Den entscheidenden Grundstein dieser Arbeit legte mein Vater, Jörg Hopfe. Er förderte mich nicht nur von Kindesbeinen an, sondern weckte auch in mir den Wunsch, es ihm gleichzutun und Jura zu studieren. Ich bin ihm für all das unendlich dankbar.

Der weitaus größte Dank gebührt jedoch meiner wundervollen Frau, Anica Arnold, und meiner bezaubernden Tochter, Tilda Arnold. Sie mussten in den vergangenen Jahren viel auf mich verzichten. Ohne ihren bedingungslosen Rückhalt hätte ich keine einzige Zeile zu Papier gebracht. Sie sind mein ganzes Glück. Ihnen und meiner verstorbenen Schwester, Isabell Hopfe, widme ich diese Arbeit.

Timo Arnold

Inhalt

§ 1 Einleitung	1
I Hintergrund und Anlass der Untersuchung	1
II Methodik	3
III Gang der Darstellung	3

Erster Teil: Grundlegung und Bestandsaufnahme

§ 2 Wirtschaftswerbung	7
I Wirtschaftswerbung im Allgemeinen	7
1 Definitionen und Abgrenzung	7
a) Werbung	7
b) Wirtschaftswerbung	8
2 Werbung und Wirtschaft	9
a) Konsumsteuerung	9
b) Wettbewerbsförderung durch Werbung	9
c) Werbewirtschaft	10
d) Werbung als Medienfinanzier	10
3 Wirtschaftswerbung als Schnittstelle zwischen Wirtschaft und Konsumenten	11
4 Wirtschaftswerbung und Gesellschaft	12
a) Wirtschaftswerbung als Ausgangspunkt sozialer Interaktion	12
b) Wirtschaftswerbung als Projektionsfläche des gesellschaftlichen Wandels	12
II Wirtschaftswerbung im Besonderen	14
1 Beteiligte am Werbeprozess	14
2 Werbeformen	14

a) Werbeobjekt und -subjekt	15
b) Werbe-Submix	15
c) Werbemittel und -träger	16
d) Zielrichtung der Werbung	16
e) Werbewirkung	17
3 Werbebotschaften	18
4 Werbewirkungsmodelle	20
§ 3 Dogmatischer Überblick zum Schutzbereich der Meinungsfreiheit	
des Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	23
I Subjektiv- und objektivrechtlicher Gehalt der Meinungsfreiheit ...	23
II Das Verhältnis der Meinungsfreiheit zu anderen Grundrechten ...	24
1 Die Meinungsfreiheit im Kontext der	
Kommunikationsgrundrechte	24
a) Die Kommunikationsgrundrechte im Allgemeinen	24
b) Das Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. GG	25
c) Das Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	25
d) Das Verhältnis zu Art. 5 Abs. 3 GG	27
e) Das Verhältnis zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG	27
f) Das Verhältnis zu Art. 8 GG	27
g) Das Verhältnis zu Art. 9 Abs. 3 GG	28
h) Das Verhältnis zu Art. 10 GG	28
i) Das Verhältnis zu Art. 17 GG	29
2 Das Verhältnis der Meinungsfreiheit zu den	
Wirtschaftsgrundrechten	29
a) Wirtschaftsgrundrechte im Allgemeinen	29
b) Das Verhältnis zu Art. 12 Abs. 1 GG	29
c) Das Verhältnis zu Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG	29
III Persönlicher Schutzbereich	29
IV Sachlicher Schutzbereich	31
1 Begriff der Meinung	31
2 Tatsachenäußerungen	32
3 Ermittlung des Aussagegehalts	35
4 Geschütztes Verhalten	36
5 Gewerbeschädigende Kritik und Boykottaufrufe	37
6 Urheberschaft einer Meinungsäußerung	38
7 Negative Meinungsfreiheit	39

§ 4 Stand in Rechtsprechung und Literatur	41
I Rechtsprechung des BVerfG zum verfassungsrechtlichen Schutz der Wirtschaftswerbung	41
1 Wirtschaftswerbung einzig als Berufsausübung	41
2 Wirtschaftswerbung auch als Meinung	43
a) Anpreisungen im Rahmen von Presseberichten oder literarischer Werke	44
b) Werbung ohne presstextlichen oder literarischen Bezug ...	46
II Entwicklung in der Rechtsprechung der Fachgerichte	48
III Entwicklung in der Literatur	51
IV Auswertung	54

**Zweiter Teil: Wirtschaftswerbung im Schutzbereich der Meinungsfreiheit
des Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG**

§ 5 Meinungspotential von Wirtschaftswerbung	59
I Werturteile und meinungsbildende Tatsachenbehauptungen im Bereich der Wirtschaftswerbung	59
1 Einzelne Wirtschaftswerbemaßnahmen	59
a) Unterscheidung nach Werbe-Submix	60
aa) Klassische Werbung	60
aaa) Grundgehalt	60
bbb) Informative Zusätze	61
(1) „Echte“ Werturteile	61
(2) Meinungsbildende Tatsachenmitteilungen ...	62
(3) Vorenthaltung von Informationen	63
ccc) Suggestiv vermittelte Zusätze	64
ddd) Insbesondere: einfache Plakatfälle	65
bb) Public Relations	66
cc) Direct Marketing	67
dd) Sponsoring	67
ee) Product Placement und Schleichwerbung	68
b) Unterscheidung nach Einführungs-, Erhaltungs-, Erinnerungs- und Expansionswerbung	69
2 Gesamtheit der Wirtschaftswerbung	69
II Im Rahmen einer „geistigen Auseinandersetzung“	70
1 Fehlende innere Überzeugung des Werbenden?	70
2 Manipulationsvorwurf	72

III	Schutz der Werbeteiligen durch die Meinungsfreiheit	73
1	Werbetreibende	73
2	Werbeagenturen	73
3	Werbungsdurchführende	75
4	Werbeadressaten	75
IV	Ergebnis	76
§ 6	Ausschluss der Wirtschaftswerbung aus dem Schutzbereich wegen politischer Attitüde der Meinungsfreiheit?	77
I	Geschichte der Meinungsfreiheit	77
1	Antike	78
2	Vom Mittelalter bis zum aufgeklärten Absolutismus	78
3	Nordamerikanische und Französische Revolution	80
4	Restauration und Vormärz	81
5	Paulskirchenverfassung von 1849	82
6	Preußische Verfassung von 1850	83
7	Reichsverfassung von 1871	84
8	Weimarer Reichsverfassung	84
9	Drittes Reich	86
10	Grundgesetz	86
II	Telos	88
III	Systematik	91
IV	Ergebnis	93
§ 7	Systematische Erwägungen zur Einbeziehung von Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit	95
I	Exklusiver Schutz der Wirtschaftswerbung durch die Wirtschaftsgrundrechte – Systematische Einwände gegen die Einbeziehung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit	95
1	Schutz von Meinungen nach inhaltlicher Prägung	96
2	Gefahr der Schrankenakkumulation?	97
II	Schutz der Werbung innerhalb des Systems der Kommunikationsgrundrechte – Zwingende Rückschlüsse für die Einbeziehung von Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit?	98
1	Rückschluss aus pressefreiheitlichem Schutz der Wirtschaftswerbung	98
2	Rückschluss aus rundfunkfreiheitlichem Schutz der Wirtschaftswerbung	99

3	Rückschluss aus kunstfreiheitlichem Schutz der Wirtschaftswerbung	100
4	Rückschluss aus Komplementärfunktion zur Informationsfreiheit	101
III	Argementum e contrario aus staatlichem Verbraucherinformationsrecht	101
IV	Ergebnis	103
§ 8	Meinungsfreiheitlicher Schutz der Wirtschaftswerbung in den USA und auf europäischer Ebene	105
I	Die Meinungsfreiheit des 1. Zusatzartikels zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika und Wirtschaftswerbung	105
1	Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	106
2	Grundlegendes zur Meinungsfreiheit des 1. Zusatzartikels	106
3	Wirtschaftswerbung im Schutzbereich der Meinungsfreiheit des 1. Zusatzartikels	107
a)	Ausgangspunkt: Ausschluss der Wirtschaftswerbung aus dem Schutzbereich	107
b)	Übergang: Aufweichen der pauschalen Ausschlussthese über die Pressefreiheit	109
c)	Kehrtwende: Einbeziehung von Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich	110
II	Die Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK und Wirtschaftswerbung	112
1	Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	112
2	Grundlegendes zur Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK	113
3	Einbeziehung der Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK	114
a)	Einbezug wirtschaftlicher Sachverhalte	114
b)	Einbezug von Anpreisungen im Rahmen von Presseberichten	115
c)	Umfassender Schutz der Wirtschaftswerbung	116
III	Die Meinungsfreiheit des Art. 11 GRCh und Wirtschaftswerbung	119
1	Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	120
a)	Position des EuGH	120
b)	Position des BVerfG	121
c)	Schlussfolgerung im konkreten Fall	122

2	Grundlegendes zur Meinungsfreiheit des Art. 11 GRCh	123
3	Einbeziehung der Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 11 GRCh	123
IV	Ergebnis	125

Dritter Teil: Wirtschaftswerbung und die Rechtfertigung von Eingriffen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG

§ 9	Beschränkungen der Wirtschaftswerbung als Eingriffe in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit	129
I	Eingriffe in die Meinungsfreiheit im Allgemeinen	129
II	Werbebeschränkungen	130
1	Beschränkungen im Bereich des allgemeinen Marktteilnehmer- und Wettbewerbschutzes	131
a)	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	131
b)	Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	134
2	Beschränkungen im Bereich des Jugendschutzes	135
a)	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag	136
b)	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien	136
c)	Jugendschutzgesetz	136
d)	Sonstige	136
e)	Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	136
3	Beschränkungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Bereich der Medien	137
a)	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien	137
b)	Presserecht	138
c)	Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	138
4	Beschränkungen im Bereich des produktbezogenen Gesundheitsschutzes	139
a)	Heilmittelrecht	139
b)	Lebensmittelrecht	139
c)	Tabakerzeugnisrecht	141
d)	Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	142
5	Beschränkungen im Bereich bestimmter Berufsstände	143
a)	Werbung von Anwälten	143
b)	Werbung von Notaren	144

c)	Werbung von Steuerberatern	145
d)	Werbung von Wirtschaftsprüfern	145
e)	Werbung von Ärzten	145
f)	Werbung von Kliniken	145
g)	Werbung von Apothekern	146
h)	Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	146
6	Beschränkungen im Bereich des Persönlichkeitsrechtsschutzes von Nichtmitbewerbern	147
a)	Recht am eigenen Namen	147
b)	Recht der persönlichen Ehre	147
c)	Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	147
7	Beschränkungen im Bereich der Verkehrssicherheit, der Einhaltung des Widmungszwecks öffentlicher Straßen sowie des Baurechts	148
a)	Straßenverkehrsrecht	148
b)	Straßenrecht	149
c)	Baurecht	152
d)	Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG	152
III	Ergebnis	152

§ 10 Rechtfertigung von wirtschaftswerbebezogenen Eingriffen in den

	Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG im Allgemeinen	153
I	Schranken	153
1	„Allgemeine Gesetze“	153
a)	„Allgemeinheit“ von Werberegungen im Bereich der positiven Gewährleistung	154
aa)	Definition der „Allgemeinheit“	154
bb)	„Allgemeinheit“ von Werberegungen	155
b)	„Allgemeinheit“ von Werberegungen im Bereich der negativen Gewährleistung	155
aa)	Definition der „Allgemeinheit“	156
bb)	„Allgemeine“ Werberegungen	156
2	„Jugendschützende“ Bestimmungen	157
a)	Definition der „jugendschützenden“ Bestimmungen	157
b)	„Jugendschützende“ Werbebestimmungen	157
3	„Ehrschützende“ Vorschriften	158
a)	Definition „ehrschützender“ Vorschriften	158
b)	„Ehrschützende“ Werbevorschriften	158

II	Schranken-Schranken	158
1	Verhältnismäßigkeit	159
a)	Legitimer Zweck	159
b)	Geeignetheit	159
c)	Erforderlichkeit	160
aa)	Mildere Mittel	161
bb)	Gleiche Eignung	161
aaa)	Früheres Leitbild des BGH	161
bbb)	Leitbild des EuGH	162
ccc)	Heutiges Leitbild des BGH	162
ddd)	Leitbild des BVerfG	163
d)	Angemessenheit	163
aa)	Konkrete oder abstrakte Abwägung?	164
bb)	Gewicht der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter	165
aaa)	Verfassungsrang	165
bbb)	Einbezug der Wirtschaftswerbung in die Sonderstellung öffentlich-politischer Meinungsäußerungen?	166
cc)	Intensität des Eingriffs bzw. der Beeinträchtigung	168
aaa)	Verschiedene Eingriffsarten	168
bbb)	Mehrdeutige Äußerungen	170
ccc)	Verwechslung von Tatsachen mit Meinungen ...	171
ddd)	Wahre Tatsachenäußerungen	172
eee)	Kritik und Beleidigungen	173
fff)	Produkthinweispflichten	174
2	Zensurverbot	175
III	Ergebnis	176

§ 11	Rechtfertigung von wirtschaftswerbebezogenen Eingriffen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG im Besonderen – Schlaglichter	177
I	Geplantes Verbot der Außen- und Kinowerbung für Tabakerzeugnisse	177
1	Schranke – Verbote der Außen- und Kinowerbung für Tabakerzeugnisse als „allgemeine Gesetze“ i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG	178
2	Schranken-Schranke – Verhältnismäßigkeit	178
a)	Legitime Zwecke	178
b)	Geeignetheit	179

c) Erforderlichkeit	181
d) Angemessenheit	182
aa) Wertigkeit der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter	182
bb) Intensität des Eingriffs	184
cc) Ergebnis	184
e) Ergebnis	185
3 Ergebnis	185
II Geplantes Verbot sexistischer Werbung	185
1 Schranke – Verbot sexistischer Werbung als „allgemeine Gesetze“ i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG	186
2 Schranken-Schranke – Verhältnismäßigkeit	186
a) Legitimer Zweck	186
b) Geeignetheit	187
c) Erforderlichkeit	187
d) Angemessenheit	187
aa) Menschenwürdeverachtende sexistische Werbung	188
bb) Geschlechtsdiskriminierende Werbung i. S. v. Art. 3 Abs. 2 (und 3) GG	189
cc) Sonstige „geschlechtsdiskriminierende“ Werbung	190
dd) Ergebnis	190
e) Ergebnis	190
3 Ergebnis	191

Vierter Teil: Ergebnisse

§ 12 Schlussbetrachtung	195
I Zusammenfassung	195
1 Stand in Rechtsprechung und Literatur	195
2 Meinungspotential von Wirtschaftswerbung	196
3 Ausschluss der Wirtschaftswerbung aus dem Schutzbereich wegen politischer Attitüde der Meinungsfreiheit	199
4 Systematische Erwägungen zur Einbeziehung von Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit	200
5 Meinungsfreiheitlicher Schutz der Wirtschaftswerbung in den USA und auf europäischer Ebene	201

6	Beschränkungen der Wirtschaftswerbung als Eingriffe in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit	202
7	Rechtfertigung im Allgemeinen	202
8	Rechtfertigung im Besonderen – Schlaglichter	203
II	Fazit	204
	Thesen	207
	Literaturverzeichnis	209



I Hintergrund und Anlass der Untersuchung

Wirtschaftswerbung ist so alt wie der Tauschhandel.¹ Erschöpfte sich die kommerzielle Kommunikation anfangs noch in der mündlichen Warenpräsentation auf Marktplätzen, durchlief sie im Laufe der Jahrtausende analog zum gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technischen Fortschritt eine enorme Entwicklung.² Durch Meilensteine wie die Erfindung des Buchdrucks mit beweglichen Lettern, von Hörfunk und Fernsehen oder die Entfaltung der industriellen Massenproduktion kamen ihr indes immer neue Aufgaben zu. Stand zunächst die bloße Bekanntmachungsfunktion im Mittelpunkt, ging es danach vornehmlich um die Hervorhebung der Produktqualität und schließlich um die §10 Abgrenzung von Wettbewerbern.³

Im Zuge dieses Professionalisierungsprozesses veränderten sich freilich auch die Werbemethoden. Immer ausgeklügeltere und diffizilere Vorgehensweisen, potentielle Kunden zu locken, bereiteten allerdings recht früh einen Nährboden für scharfe Kritik. So stellte etwa der deutschamerikanische Autor und Maler Cronau in seinem „Buch der Reklame“ bereits 1887 fest: *„Man ist im Publikum leicht geneigt, die Begriffe Reklame und Schwindel für identisch zu halten, und scharfe Moralisten stehen nicht an, die Reklame als unmoralisch zu erklären.“*⁴ In die gleiche Kerbe schlug später der französische „Werbepapst“ Séguéla, der die gesellschaftlichen Ressentiments gegenüber dem omnipräsenten Phänomen der Wirtschaftswerbung – welche ohne Zweifel bis zum heutigen Tage andauern – jedoch noch pointierter zu umschreiben wusste, indem er folgenden berühmten Ausspruch tätigte: „Sag

1 Käseborn/Siekerkötter/Fehn, Wirtschaftswerbung, 5.

2 Schweiger/Schrattenecker, Werbung, 1 ff.

3 Kloss, Werbung, 30.

4 Cronau, Das Buch der Reklame, 1 f.

*meiner Mutter nicht, dass ich in einer Werbeagentur arbeite, sie glaubt, ich sei Klavierspieler in einem Bordell.*⁵

Dementsprechend zeitig kamen zugleich Eindämmungsbestrebungen auf. Ein Paradebeispiel hierfür ist das sog. Intelligenzwesen im Preußen des 18. Jahrhunderts – die Festlegung eines staatlichen Monopols für den Druck von Werbeanzeigen.⁶ Mit dieser undifferenzierten und allumfassenden Kontrolle haben die heutigen Werbebeschränkungen freilich wenig gemein. Dennoch ist moderne Wirtschaftswerbung sowohl auf nationaler Ebene als auch auf der Ebene der EU in großem Umfang reglementiert. Die verschiedenen Zielrichtungen des breit gefächerten Werberegimes reichen vom allgemeinen Täuschungsschutz über den Gesundheitsschutz bis hin zum Schutz der Verkehrssicherheit.

Aus verfassungsrechtlicher Warte ist es angesichts dieser weitreichenden Einschnitte naturgemäß von Interesse, welche Rechte die Werbeindustrie ggf. entgegenzusetzen hat. Besteht mit Blick auf die Einschlägigkeit der Wirtschaftsgrundrechte völlige Einigkeit, scheiden sich bei der Frage der Eröffnung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit des GG seit jeher die Geister. Im Einklang mit der gesellschaftlichen Stigmatisierung wirtschaftswerblicher Maßnahmen versagte das BVerfG der Wirtschaftswerbung zunächst apodiktisch jeden meinungsfreiheitlichen Schutz. Exemplarisch hierfür steht der „Werbefahrten-Beschluss“⁷ aus den 1970ern, welcher das Schubladendenken (Wirtschaftswerbung ist Wirtschaft und keine Meinung.) der damaligen Verfassungsrichter besonders deutlich zutage förderte. Angetrieben von der sich seit den 1960er Jahren immer mehr formierenden Kritik aus den Reihen des Schrifttums⁸ vollzog das BVerfG in der vielzitierten „Benetton I-Entscheidung“⁹ zur Jahrtausendwende eine grundsätzliche Abkehr von seiner vormaligen Jurisdiktion. Von nun an sollten auch rein wirtschaftswerbliche Maßnahmen den Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG genießen; allerdings nur soweit sie meinungsbildenden Charakter besitzen. Damit wurde zwar die ausnahmslose Verneinung der meinungsfreiheitlichen Protektionsdignität von Wirtschaftswerbung aufgegeben, im Detail bleibt jedoch weiter unklar, wann genau einer wirtschaftswerblichen Äußerung die geforderte Meinungsbildungsqualität beigemessen werden kann. Aus diesem Grund will die vorliegende Arbeit das aktuelle Schutzniveau unter Zugrundelegung der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG näher umreißen, um es anschließend kritisch

5 Lediglich überliefert; zitiert nach *Kloss, Werbung*, 9.

6 *Kloss, Werbung*, 34.

7 BVerfGE 40, 371.

8 Etwa *Lerche, Werbung und Verfassung*, 76 ff; *Wacke*, in: FS Schack, 197, 201 ff.

9 BVerfGE 102, 347.

hinterfragen zu können. Hierbei wird insbesondere der (vermeintlich) unpolitische Regeltypus der Wirtschaftswerbung im Blickpunkt stehen.

Auch wenn die Thematik „Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit“ in der Vergangenheit bereits das eine oder andere Mal Gegenstand wissenschaftlicher Abhandlungen war, ist eine wiederholte Auseinandersetzung mit der Materie aufgrund verschiedener Entwicklungen angezeigt. So befinden sich die vorangegangenen größeren Studien aufgrund ihres deutlich fortgeschrittenen Alters¹⁰ beispielsweise mit Blick auf die angesprochene jüngere Rechtsprechung, die neuen Argumente diverser Autoren für und gegen eine Unterschutzstellung oder die sich aus der nunmehr bestehenden Verbindlichkeit der GRCh ergebenden Folgen nicht mehr auf dem aktuellen Stand.

II Methodik

Zur Konturierung des meinungsfreiheitlichen Schutzes der Wirtschaftswerbung im GG soll neben der Anwendung der vier klassischen juristischen Auslegungsmethoden und der europarechtskonformen Auslegung ebenso ein Vergleich mit dem First Amendment der US-amerikanischen Bundesverfassung beitragen. Zudem verfolgt die vorliegende Untersuchung einen interdisziplinären Ansatz, indem sie aktuelle wirtschaftswissenschaftliche und sozialpsychologische Erkenntnisse gewinnbringend in die grundrechtliche Diskussion einzustellen versucht.

III Gang der Darstellung

Der Aufbau der Arbeit ist progressiv angelegt und orientiert sich an der Reihenfolge einer schulmäßigen Grundrechtsprüfung: Im ersten Teil soll zunächst unter der Überschrift „Grundlegung und Bestandsaufnahme“ sowohl auf den Untersuchungsgegenstand der Wirtschaftswerbung sowie den Begriff der Meinung i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG eingegangen als auch der Stand in Rechtsprechung und Literatur analysiert werden. Hierauf aufbauend erfolgt sodann der Brückenschlag in Form der Untersuchung der Eröffnung des Schutzbereichs. Dieser den Schwerpunkt der Abhandlung bildende zweite Abschnitt will eingangs klären,

10 Von 1984: *Drettmann*, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit; von 1993: *Hatje*, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit.

ob (und ggf. welche) Werbeaussagen im Grundsatz geeignet sind, Meinungen zu sein, um im Anschluss die vorgebrachten Ausschluss- sowie Schutzgründe auf ihre Tragfähigkeit hin abklopfen zu können. Auf dieser Basis soll alsdann im dritten Teil – gerade auch vor dem Hintergrund der starken europarechtlichen Determination des Werberechtssektors – beleuchtet werden, welchen werbebeschränkenden Vorschriften überhaupt eine Eingriffsqualität in Bezug auf die Meinungsfreiheit des GG zukommt. Zur Abrundung widmet sich die Studie schlussendlich noch der Frage der Rechtfertigung, indem sie nicht nur allgemeine Rechtfertigungskriterien herausarbeitet, sondern auch konkrete Schlaglichter setzt.

Erster Teil
Grundlegung und Bestandsaufnahme



Zunächst einmal gilt es, den Gegenstand der Untersuchung genauer einzugrenzen. Nur anhand einer genauen Definition, der Beleuchtung der allgemeinen Funktionen sowie der Feststellung der näheren Ausgestaltung und Wirkungsweise von Wirtschaftswerbung kann eine fundierte verfassungsrechtliche Einordnung erfolgen.

I Wirtschaftswerbung im Allgemeinen

1 Definitionen und Abgrenzung

a) Werbung

Der Begriff der „Werbung“ etablierte sich erst in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts. In Deutschland war zuvor lange Zeit das Wort „Reklame“ gebräuchlich, welches häufig mit Marktschreierei gleichgesetzt wurde¹¹ und sich vom französischen Wort „réclame“ („Réclamer“ steht im Französischen für „ausrufen“ oder „anpreisen“) ableitet. Grund für den Wandel war das Bestreben der Nationalsozialisten, die angeblich jüdische Reklame der Weimarer Republik durch eine deutsche Werbung zu ersetzen.¹² Etymologisch stammt das Wort „werben“ von dem althochdeutschen „werban“ ab, was etwa so viel bedeutet wie „sich bemühen“, „etwas betreiben“ oder „hin- und hergehen“.¹³ An diese Vieldeutigkeit anknüpfend wird auch der heutige

11 Vgl. *Sennebogen*, Zwischen Kommerz und Ideologie, 42.

12 Vgl. *Sennebogen*, Zwischen Kommerz und Ideologie, 121.

13 *Schweiger/Schrattenecker*, Werbung, 1.

Werbungsbegriff in der wirtschaftswissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Literatur äußerst mannigfaltig bestimmt.¹⁴

So sieht etwa *Lerche* in der Werbung eine „Tätigkeit, die mittels planmäßiger Anwendung beeinflussender Mittel darauf abzielt, andere Menschen, sei es in ihrer Eigenschaft als Individuum oder in deren Eigenschaft als Mitglieder bestimmter Gruppen, für eine konkrete Meinung oder Verhaltensweise zu gewinnen.“¹⁵

Derweil definieren beispielsweise *von Rosenstiel* und *Kirsch* diese als „Kommunikation, die öffentlich stattfindet und den Zweck hat, bestimmte (Ziel-) Gruppen von Menschen zu beeinflussen.“¹⁶

Letztlich unterscheiden sich die verschiedenen Definitionen aber nur in ihrem Wortlaut. Inhaltlich besteht weitgehende Identität. Zwei entscheidende Merkmale lassen sich dabei immer wieder finden: Zum einen handelt es sich bei der Werbung um einen Kommunikationsvorgang und zum anderen besteht eine Ausrichtung auf die Veränderung des Verhaltens des bzw. der Adressaten.¹⁷

Dies aufgreifend soll nachfolgend in Anlehnung an *Kloss* Werbung als eine „absichtliche und zwangsfreie Form der Kommunikation, mit der gezielt versucht wird, Einstellungen von Personen zu beeinflussen“¹⁸, um eine Verhaltensänderung zu bewirken, verstanden werden. Hervorzuheben ist neben den beiden genannten Hauptkennzeichen auch das Merkmal der „Zwangsfreiheit“, wonach der Beeinflussungsversuch vom Adressaten erkannt und kontrolliert werden können muss.¹⁹ Ist dies nicht der Fall, liegt eine sog. – außerhalb des Werbungsbegriffs liegende – Manipulation vor, bei der der Rezipient ohne sein Wissen und oft auch gegen seinen Willen gezielt gelenkt wird.

b) Wirtschaftswerbung

Eine besondere Form der Werbung – und wohl auch die häufigste – ist die Wirtschaftswerbung. Von ihr wird gesprochen, wenn der Werbende mit der Beeinflussung

14 Vgl. zum Werbebegriff u. a. *Behrens*, Absatzwerbung, 11 ff.; *Busmann/Droste*, Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, 11; *Mayer/Illmann*, Markt- und Werbepsychologie, 373; *Pepels*, Grundlagen der Werbung, 9; *Schmidt-Tophoff*, Das Recht der Außenwerbung, 13.

15 *Lerche*, Werbung und Verfassung, 11.

16 *von Rosenstiel/Kirsch*, Psychologie der Werbung, 40.

17 So auch *Mayer*, Werbewirkung und Kaufverhalten, 6.

18 *Kloss*, Werbung, 6.

19 *Kloss*, Werbung, 6.

ökonomische Ziele verfolgt.²⁰ Sie bildet somit den Oberbegriff für eine Vielzahl unterschiedlicher Ausprägungen. Unter die Wirtschaftswerbung fallen nicht nur die klassische Werbung, sondern beispielsweise auch Public Relations-Werbung oder Sponsoring. Auf die verschiedenen Spielarten wird jedoch an späterer Stelle noch näher einzugehen sein. Abzugrenzen ist die Wirtschaftswerbung insbesondere von der Propaganda, bei der es um eine politische oder religiöse Beeinflussung geht.²¹

2 Werbung und Wirtschaft

a) Konsumsteuerung

Wirtschaftswerbung erfüllt primär den Zweck einer Bedarfslenkung und -konkretisierung beim Konsumenten und sorgt somit für eine Absatzsteigerung von Wirtschaftsgütern sowie Dienstleistungen. Dies sind jedoch bei Weitem nicht die einzigen Effekte, die durch Werbung erzielt werden.

b) Wettbewerbsförderung durch Werbung

Wirtschaftswerbung ist darüber hinaus von enormer Bedeutung für einen funktionierenden Wettbewerb. Sie verschafft durch die Zurverfügungstellung von Informationen über die angebotenen Produkte und Dienstleistungen einen Marktüberblick, welcher insbesondere vor dem Hintergrund der steigenden Menge an Spezialprodukten von großer Wichtigkeit ist. Die durch diese Markttransparenz²² ermöglichte Vergleichbarkeit von Preisen und Produkteigenschaften verschärft den Konkurrenzkampf. Denn die Unternehmen versuchen – alarmiert durch die

20 Kloss, Werbung, 6; Lerche, Werbung und Verfassung, 11; vgl. hierzu auch § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV, der allerdings Werbung mit Wirtschaftswerbung gleichsetzt; ebenso BVerfG NJW 2004, 3765, 3767: Werbung sei ein Verhalten, „das planvoll darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, die Leistungen des Werbenden in Anspruch zu nehmen“; umfassende Erörterungen hierzu auch in BVerfGE 71, 162, 181 f.; BVerfG NJW 2015, 1438, 1439; BGH NJW 2017, 407, 408.

21 Definition der Propaganda nach Buchli, in: Handbuch der Werbung, 11: „Beeinflussung des Menschen, die ihn veranlasst, sich freiwillig eine Überzeugung anzueignen und sie als wahr anzuerkennen“. Das Wort „Propaganda“ ist geschichtlich gesehen sicherlich nicht unbelastet. Im Rahmen dieser Arbeit soll es jedoch nicht i. S. v. „Agitation“ oder „Indoktrination“ verstanden, sondern – der eigentlichen Wortbedeutung entsprechend – schlicht mit der „Verbreitung“ der genannten Inhalte gleichgesetzt werden.

22 Vgl. Arbeitsgruppe Werbung, Media Perspektiven 1998, 436; Degenhart, in: FS Lukes, 287, 293; Fezer, GRUR 1976, 472, 483; Kloss, Werbung, 52; Lerche, Werbung und Verfassung, 12.