

## LÖSUNGSVORSCHLAG

### A. Zulässigkeit

#### **I. Zuständigkeit BVerfG**

- Art. 93 I Nr. 4a GG; § 13 Nr. 8a und § 90 ff. BVerfGG

#### **II. Beteiligtenfähigkeit § 90 I BVerfGG (+)**

#### **III. Beschwerdegegenstand § 90 I BVerfGG**

- Akt öffentlicher Gewalt: letztinstanzliches Urteil (Urteils-VB)

#### **IV. Beschwerdebefugnis § 90 I BVerfGG**

##### 1. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit

Der Verlag ist durch das Urteil unzweifelhaft selbst und unmittelbar betroffen.

(Hinweis: Schon hier ließe sich problematisieren, ob der Verlag mit der Meinungsfreiheit tatsächlich ein eigenes Grundrecht geltend macht, oder sich nicht vielmehr zum Vertreter der Rechte der Firma Benetton aufschwingt. Da die Beantwortung dieser Frage jedoch einige Erörterungen zur Grundrechtsdogmatik verlangt, die an dieser Stelle möglicherweise unangebracht erscheinen könnten, bietet es sich an, für die eigene Betroffenheit auf das belastende Urteil abzustellen.)

Da jedoch die Firma Benetton ihre Anzeigenkampagne eingestellt hat, ist fraglich, ob der Verlag noch gegenwärtig betroffen ist. Eine gegenwärtige Betroffenheit trotz Erledigung des Beschwerdegegenstandes wird aufgrund eines legitimen Interesses des Beschwerdeführers an der nachträglichen Feststellung von dessen Rechtswidrigkeit ausnahmsweise bejaht bei:

- Wiederholungsgefahr
- drohender Rechtsschutzvereitelung (zB Abhörfälle)
- diskriminierenden Nachwirkungen

Hier dürfte eine Wiederholungsgefahr zu bejahen sein.

##### 2. Rüge spezifischer Grundrechtsverletzung

- Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz
- Hier kämen als verletzte Grundrechte des Verlages die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 I und die Pressefreiheit gemäß Art. 5 I in Betracht.

##### 3. Möglichkeit / substantiierte Darlegung der Grundrechtsverletzung § 23 I 2, 92 BVerfGG

Eine Verletzung der Meinungs- oder Pressefreiheit des Verlages kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Die Einwände des Verlages sind auch hinreichend substantiiert vorgetragen.

## **V. Rechtswegerschöpfung § 90 II BVerfG (+)**

## **VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis (+)**

- zur Erledigung siehe oben

## **VII Form, Frist § 92, 93 BVerfGG (+)**

Mithin ist die Verfassungsbeschwerde des Verlages zulässig. Zur Entscheidung in der Sache muß das BVerfG die Beschwerde nur noch gemäß § 93a BVerfGG zur Entscheidung annehmen.

## **B. Begründetheit**

Das Bundesverfassungsgericht hebt gemäß § 95 II in Verbindung mit § 90 II 1 BVerfGG die Entscheidung des Bundesgerichtshofes auf und verweist die Sache zurück, wenn das Urteil des Bundesgerichtshofes den Verlag in seinen Grundrechten verletzt.

- *Wann liegt eine Grundrechtsverletzung durch Urteil vor ?*

Wenn das Urteil Fehler erkennen läßt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einiger Bedeutung sind.

## **I. Anwendbarkeit der Grundrechte**

- § 1 UWG ist Privatrecht, daher sind die Grundrechte wie bereits erörtert nur mittelbar über die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes "gute Sitten" anzuwenden.

## **II. Meinungsfreiheit des Verlages, Art. 5 I 1 Alt. 1 GG**

Fraglich ist, ob die Meinungsfreiheit auf das Abdrucken der Anzeige durch den Verlag anzuwenden ist. Unabhängig davon, ob das abgedruckte Bild eine Meinungsäußerung ist oder nicht, stellt es als kommerzielle Anzeige jedenfalls erkennbar keine Äußerung des Verlages, sondern allenfalls des Werbekunden dar. Der Beitrag des Verlages zu der Veröffentlichung des Bildes dagegen beschränkt sich auf die pressetypische Vermittlungsleistung. Mithin ist schon der Schutzbereich der Meinungsfreiheit für den Verlag nicht eröffnet, eine Verletzung der Meinungsfreiheit des Verlages scheidet damit aus.

## **III. Pressefreiheit des Verlages, Art. 5 I 2 Alt. 1 GG**

## 1. Schutzbereich

a) persönlich, Art. 19 III (+)

b) sachlich

aa. Die Eigenschaft des "Stern" als Presseerzeugnis ist unproblematisch. Auch umfaßt die Pressefreiheit das gesamte Presseerzeugnis, einschließlich des Anzeigenteils. Mithin ist der Schutzbereich der Pressefreiheit eröffnet.

bb. Zusätzlich kann sich der Verlag im Rahmen seiner Pressefreiheit auf die Meinungsfreiheit Dritter berufen, deren Meinungen in seinen Zeitschriften publiziert werden. Fraglich ist daher, ob die Anzeige eine von Art. 5 I 1 Alt. 1 GG geschützte Meinungsäußerung der Firma Benetton darstellt.

(1) Persönlicher Schutzbereich, Art. 19 III

- Firma Benetton durch Meinungsfreiheit erfaßt

(2) Sachlicher Schutzbereich

- Zum Teil wird Wirtschaftswerbung generell der Schutz der Meinungsfreiheit versagt, mit dem Argument, Zweck der Werbemaßnahmen sei immer nur, sich ins Gespräch zu bringen, und letztlich die Umsatzsteigerung. Diese unterfalle jedoch dem Bereich wirtschaftlichen Handelns, und nicht dem Bereich der geistig-politischen Auseinandersetzung, die den Hintergrund der Meinungsfreiheit bildet. Diese Einschränkung des Schutzbereiches beruht jedoch auf einer Beurteilung der Äußerung selbst anhand ihrer wahren oder vermuteten Motive. Eine solche Herausnahme von ansonsten in jeder Hinsicht schutzbereichskonformen Meinungsäußerungen anhand des Merkmales des Werbezweckes widerspräche jedoch dem Verbot staatlicher Bewertung von Meinungsäußerungen. Auch darf die Vermischung von Werbung und Meinungsbildung in der modernen Medienlandschaft nicht dazu führen, daß eine Meinungsäußerung schutzlos gestellt wird, nur weil sie in Zusammenhang mit Werbung erfolgt. Mithin sind auch werbende Äußerungen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfaßt, wenn sie die Anforderungen an eine tatbestandmäßige Meinungsäußerung erfüllen (BVerfGE 95, 173 (182)). Der konkreten Bedeutung einer Meinungsäußerung vor dem Hintergrund der Funktionen der Meinungsfreiheit kann auf der Rechtfertigungsebene schließlich ausreichend Rechnung getragen werden. Daher kann im vorliegenden Fall der Schutz der Meinungsfreiheit nicht schon aufgrund der Eigenschaft als Werbeanzeige verneint werden.

- Von der Meinungsfreiheit geschützt sind nach Ansicht des BVerfG vor allem Werturteile. Tatsachenmitteilungen dagegen sind soweit vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfaßt, als sie Voraussetzung der Bildung von Werturteilen sind. (BVerfGE 94, 1 (7), st. Rspr.), womit zugleich bewußt unwahre Tatsachenbehauptungen aus dem Schutzbereich ausgeschlossen werden. Diesem eingeschränkte Schutz von Tatsachenmitteilungen folgen Teile der Literatur nicht; sie interpretieren die Meinungsfreiheit vielmehr als umfassende Äußerungsfreiheit, die auch Tatsachenmitteilungen ohne weitere Voraussetzungen umfaßt (allen voran Wendt in: vMünch/Kunig Art. 5 Rn 8ff.). Auf eine bestimmte sittliche oder ethische Qualität der Äußerung kommt es dagegen nach beiden Auffassungen nicht an.
- Auf eine Entscheidung zwischen den beiden Meinungen kommt es im vorliegenden Fall jedoch nicht an, da prima facie in dem Bild weder eine Tatsachenbehauptung noch ein Werturteil erkennbar ist. Das abgedruckte Bild könnte allein als ein “sprechendes Bild” mit meinungsbildendem Inhalt zu betrachten sein, in welchem Falle es den Voraussetzungen der Meinungsfreiheit nach beiden Ansichten entspräche.

Con: Jegliche Aussage, an die sich der Schutz der Meinungsfreiheit knüpfen ließe, ergibt sich, wenn überhaupt, nur aus einer Interpretation seitens des Betrachters.

Con: Das Bild ist interpretationsoffen. Der Verlag selbst trägt vor, daß mit ihm auch für einen AIDS-Kongress geworben werden könnte (BVerfG, Urt. v. 12.12.2000 Rn 69). Während in jenem hypothetischen Falle indes durch die Identität des Inserenten ein Bedeutungszusammenhang eröffnet und dem Bild eine Aussage unterlegt würde, ist ein solcher Zusammenhang (- Produktbezug) vorliegend gerade nicht ersichtlich.

Con: Das alleinige Hervorrufen von Schock ohne jegliche Aussage (- Aufmerksamkeitswerbung) ist jedoch keine kommunikative Äußerung.

Con: Eine Werbestrategie, die durch die Hervorrufung von den besonderen Gefühlen des Mitleids und der Ohnmacht zu einer Sympathisierung des Verbrauchers mit einem entsprechend kalkulierten Image eine Produkte zu führen sucht, ist gerade darauf gerichtet, die geistige Auseinandersetzung, deren Schutz die Meinungsfreiheit dient, zu umgehen.

Pro: bei durchschnittlichem Betrachter der Anzeige stellt sich Betroffenheit oder Ähnliches ein – und auf den Empfängerhorizont kommt es schließlich an.

Pro: Zunehmende Verzahnung von Geschäft und Politik muss auch in der Selbstdarstellung der Unternehmen Niederschlag finden dürfen.

Pro: Eine Äußerung, die aufgrund ihres Inhaltes in jedem anderen Kontext eine Meinungsäußerung und damit vom Grundrecht der Meinungsfreiheit umfaßt wäre, darf nicht allein durch ihren - im vorliegenden Fall werbenden - Kontext aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgeschlossen werden.

Mithin kann sich der Verlag im Rahmen der eigenen Pressefreiheit zusätzlich auf die Meinungsfreiheit der Firma Benetton berufen.

## 2. Eingriff (+)

- in die Pressefreiheit des Verlages
- Klassischer Eingriff: Rechtsakt, final, unmittelbar, imperativ

Hinweis: Das BVerfG stellt für den Eingriff allein auf die Pressefreiheit ab, um daraufhin in der Verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ausschließlich auf die Meinungsfreiheit einzugehen. Dies ließe sich folgendermaßen begründen: da die Meinungsfreiheit des Inserenten vollständig von der Pressefreiheit des Verlages umfaßt ist, kann auch ein Eingriff in die Pressefreiheit des Verlages nur verfassungsgemäß sein, wenn er vor dem Maßstab der Meinungsfreiheit gerechtfertigt ist.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Einschränkungsvorbehalt: Art. 5 II GG

b) Verfassungsmäßige Rechtsgrundlage: § 1 UWG

aa. Allgemeines Gesetz iSd Art. 5 II GG (+)

- keine bestimmte Meinung als solche betroffen; schlechthin zu schützendes Rechtsgut: der lautere Wettbewerb

bb. Formelle Verfassungsmäßigkeit, Art. 19 GG (+)

cc. Verhältnismäßigkeit (+)

- insb. Bestimmtheit: angesichts der unübersehbaren Vielfalt möglicher Verhaltensweisen im geschäftlichen Verkehr erscheint eine präzisere Bestimmung der missbilligten Wettbewerbshandlungen mit Rücksicht auf den Normzweck kaum möglich.

c) Einzelakt

- Verhältnismäßigkeit
- Auch die Grundrechtsschranke muss jedoch im Lichte des von ihr eingeschränkten Grundrechts ausgelegt und angewendet werden (Wechselwirkungslehre)

aa. Legitimer Zweck (hier: "schutzwürdiger Belang")

- insbesondere die Meinungsfreiheit (hier: eingebettet in Pressefreiheit) ist für die freiheitliche demokratische Grundordnung schlechthin konstituierend.

- Daher bedürfen Einschränkungen dieses Rechts grundsätzlich einer Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Rechte und Interessen Dritter.

- Hier kämen in Betracht:

- der allgemeine Anstand

- abgelehnt: nicht schutzwürdig

- Schutz des Publikums (vor Belästigungen)

- abgelehnt: unbeschwertes Gemüt des Bürgers nicht schutzwürdig (auch nicht eingedenk der Tatsache, daß der Bürger gegen Schockwerbung weniger abgehärtet ist, als gegen die Weckung "libidinöser Wünsche" (Rn 57))

- Belange der Wettbewerber

- abgelehnt: Imagewerbung mittlerweile keine Ausnahme mehr

- Gemeinwohlbelange: keine ersichtlich

- Menschenwürde

- Jedenfalls die Menschenwürde wäre von ausreichendem Rang; auch kann eine Verletzung der Menschenwürde nicht von vornherein von der Hand gewiesen werden.

- Allerdings ließe sich erwägen, die Anforderungen an den Rang der Rechtsgüter herabzusetzen, unter dem Gesichtspunkt, daß auch die Meinungsäußerung nicht ganz so schlechthin konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung ist, wenn sie zum Zwecke der Gewinnmaximierung erfolgt. Dies entspräche obigen Ausführungen zum Schutzbereich, bleibt jedoch im Urteil des BVerfG unbeachtet (kritisch: Jestaedt, Jura 02, 552 (556f.))

- Daher mit BVerfG nur Verletzung der Menschenwürde durch die Anzeige zu prüfen.

- Eine MW-Verletzung wäre jedenfalls zu bejahen, wenn das Schicksal H.I.V.-positiver Menschen durch die Anzeige herabgesetzt, lächerlich gemacht, begrüßt o.Ä. würde.

- Das BVerfG lehnt es ab, selbst Tatsachenfeststellungen zu treffen. Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, den Sinn einer umstrittenen Äußerung abschließend zu bestimmen.

- Es ist aber Aufgabe des BVerfG, die Einhaltung grundrechtlicher Anforderungen bei der Bestimmung des Sinnes einer Äußerung zu überwachen. Zu den grundrechtlichen Anfor-

derungen gehört aber, dass die Äußerung unter Einbeziehung ihres Kontextes ausgelegt und ihr kein Sinn zugeschrieben wird, den sie objektiv (sic!) nicht haben kann.

- Auch kommt es für die Ermittlung des Sinns auf die Sichtweise eines verständigen Empfängers unter Berücksichtigung der für ihn wahrnehmbaren, den Sinn der Äußerung mitbestimmenden Umstände an (offenbar auch dies ein grundrechtliches Erfordernis).
- Vor diesem Maßstab kann eine Herabsetzung, Begrüßung etc. des Leides H.I.V.-positiver Menschen allein auf die Anzeige nicht gestützt werden. Im Gegenteil liegt aus der Sicht eines verständigen Empfängers eine sozialkritische Botschaft näher. Damit scheidet eine MW-Verletzung durch Herabsetzung notwendig aus.
- Fraglich ist, ob eine MW-Verletzung allein auf das kommerzielle Interesse der Firma Benetton, mit der Anzeige Aufmerksamkeit zu werbenden Zwecken auf sich zu lenken (gleichsam MW-Verletzung durch Inkonnexität von Inhalt und Zweck der Aussage). Dies wird vom BGH bejaht, vom BVerfG dagegen verneint, mit dem Argument wollte man kommerziellen Werbeanzeigen wegen des mit ihnen stets verbundenen Eigennutzes die Thematisierung von Leid verbieten, hätte ein wesentlicher Teil der Realität in der allgegenwärtigen, Sichtweisen, Werte und Einstellungen der Menschen nicht unwesentlich beeinflussenden Werbewelt von vornherein keinen Platz. Das kann angesichts des besonders schützenswerten Interesses an der Thematisierung gesellschaftlicher Probleme kein mit der Meinungs- und der Pressefreiheit vereinbares Ergebnis sein.
- damit liegt keine MW-Verletzung durch die Anzeige vor, ein gegen die Meinungs-/Pressefreiheit abzuwägendes schutzwürdiges Interesse fehlt, folglich ist der Eingriff nicht gerechtfertigt, das BVerfG wird also das letztinstanzliche Urteil aufheben und die Sache an die Fachgerichte zurückverweisen.