

## Geschmacklose Werbung - Zwischen Meinungsfreiheit und Zensur<sup>2</sup> -

### Rückbetrachtung:

Der Gesetzgeber hat sich beim Erlass des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) im Jahre 1909 einer Generalklausel bedient, die es – damals wie heute – ermöglicht, u.a. auch nicht tolerierbaren Geschmacklosigkeiten in der Werbung entgegen zu treten. Sie lautet "Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden." Diese Regelung hat sich als eine weise Entscheidung erwiesen. Anfang des vergangenen Jahrhunderts war schließlich weder absehbar, welche technischen Möglichkeiten den Werbetreibenden in späterer Zeit zur Verfügung stehen würden, noch welche gesellschaftspolitischen Veränderungen die Anschauungen darüber, was erlaubt ist und was verboten sein sollte, beeinflussen würden.

So wurde in den dreißiger Jahren des vorigen Jahrhunderts eine Zigarettenbildersammlung "Schöne Frauen in der Kunst", die "offenbar nur den Zweck hatte, an niedere Instinkte zu appellieren und besonders verwerflich war, da sie in größerem Umfang auch in die Hand von Jugendlichen gelangte", auf Grund dieser Klausel als sittenwidrig verboten.<sup>3</sup> Im Einzelhandel gab es Vereinbarungen, die die Verwendung von Weihnachtsbäumen zu Werbezwecken weitgehend ein-

schränkten.<sup>4</sup> Heutzutage macht sich, zumindest in der Bundesrepublik Deutschland, kein Mensch mehr Gedanken darüber, derartige Werbekampagnen zu beschränken oder gar zu verbieten.

Auch der Gesetzgeber selbst nimmt unter veränderten Bedingungen neue Bewertungen vor. Ein Beispiel dafür ist die vergleichende Werbung, die in Deutschland kraft ständiger Rechtsprechung grundsätzlich wettbewerbswidrig war. Seit Erlass der Richtlinie 97/55/EG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung hat sich die Rechtslage zu dieser Thematik geändert. Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie soeben in das nationale Recht umgesetzt, der BGH zog sie bereits seit einiger Zeit zur Auslegung heran. Hiernach ist die vergleichende Werbung nur noch dann sittenwidrig, sofern bei einem Vergleich der Waren oder Dienstleistungen des Werbenden und denen eines Mitbewerbers nicht wahrheitsgemäß aufgeklärt wird oder der Werbende die Produkte des Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft.<sup>5</sup> Die Bewertungsmaßstäbe wandeln sich also.

Im Grenzbereich der Normen und ihrer Anwendbarkeit kommt dem Deutschen Werberat Bedeutung zu. Anrufung und Spruch des Werberates sind gerade in den Fällen von Gewicht, in denen die Justiziabilität einer Werbemaßnahme auf Grund gesetzlicher Norm zweifelhaft erscheint. Im Jahre 1999 lagen dem

1 Dr. iur. Hanspeter Vogel ist Syndikus der Handelskammer Hamburg und Vorsitzender der gesetzlichen Einigungsstelle nach § 27 a UWG. Er ist ferner Mitglied des Gutachter-Ausschusses für Wettbewerbsfragen, gebildet von den Spitzenorganisationen der gewerblichen Wirtschaft, und Lehrbeauftragter an der Universität Hamburg. Im Jahr 1999 wurde Dr. Vogel in den Beirat von PRO HONORE berufen.

2 Zur Vorbereitung des Manuskripts leistete Referendar Norbert Heier wertvolle Hilfe; ihm sei auch an dieser Stelle vom Verfasser gedankt.

3 Raue/ Röttger, Werbung! Zulässig oder Verboten?, Berlin 1937, S. 126

4 Raue/ Röttger, a.a.O., S. 128

5 vgl. hierzu BGHZ 138, 55, 59 ff.; BGH WRP 1999, 414, 415; BGH GR 99, 69 ff.

Werberat insgesamt 401 Proteste gegen Werbebotschaften vor, so viele wie nie zuvor. Hiervon entfielen 253 Proteste auf Werbeanzeigen.<sup>6</sup> Die Eingriffsmöglichkeiten des deutschen Werberates sind allerdings beschränkt. Während die Selbstkontrollorgane anderer Länder<sup>7</sup> werberechtliche Grundsätze unmittelbar durchsetzen können, kann der Werberat in Deutschland lediglich versuchen, auf eine bestimmte korrekte Verhaltensweise hinzuwirken, diese jedoch nicht unmittelbar erzwingen. Insofern ist nicht gewährleistet, dass eine vom Werberat beanstandete Werbung aufgrund dieses Spruches anschließend auch von sämtlichen Medien boykottiert wird.

Generalklauseln sind also ambivalent. Ihr Vorteil ist, dass sie auf neue Sachverhalte, die der Gesetzgeber nicht vorhersehen konnte, ohne weiteres anwendbar sind. Ihr Nachteil ist, dass zeit- und personenbedingte Wertungen innerhalb eines sehr weiten Beurteilungsspielraums vorzunehmen sind und dass deshalb die mutmaßliche Rechtsprechung im Vorhinein schwer berechenbar ist. Das bedeutet zugleich, dass zu neuen Sachverhalten ergangene Rechtsprechung häufig zunächst umstritten ist und dass mit guter Begründung auch gegen sie argumentiert werden kann. Die Anwendung des UWG auf "geschmacklose Werbung" macht dieses Dilemma besonders anschaulich.

### Die aktuelle Rechtslage

Seit der Rechtsprechung des Reichsgerichts gilt: Gegen die guten Sitten (§ 1 UWG) verstößt, was dem Anstandsgefühl aller "billig und gerecht Denkenden" widerspricht. Dieses Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden hat der mit dem Fall befasste Richter jeweils zu ermitteln. In aller Regel nimmt er sein eigenes dafür. Nun dachte der Mensch im Kaiserreich anders als der in der Weimarer Republik; der während des NS-Regimes anders als der in den 60er Jahren der Bundesrepublik Deutschland - und der Bürger heute am Beginn des 21.

Jahrhunderts wiederum anders als jener. Will sagen: Ebenso wie die Methoden der Werbung unterliegt auch deren Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des "guten" Geschmacks dem permanent stattfindenden Wertewandel. Kaum etwas wandelt sich schneller als der Geschmack, über den sich bekanntlich trefflich - oder auch nicht - streiten lässt.

Die Werbetreibenden müssen, um Erfolg zu haben, ständig auf neue Trends und gesellschaftliche Strömungen reagieren. In Anbetracht der Fülle der unterschiedlichen Werbebotschaften gilt es zudem, Ideen zu entwickeln, die dazu führen, dass die Werbung vom Verbraucher überhaupt noch wahrgenommen wird. Insbesondere im letzten Jahrzehnt haben sich unter diesem Druck Werbeformen ausgebreitet, die von weiten Teilen der Gesellschaft durchaus als geschmacklos empfunden werden. Diese Werbeformen fallen überwiegend nicht nur optisch besonders auf, sondern führen oftmals dazu, dass in den Medien eine Debatte darüber beginnt, ob derartige Werbebotschaften noch zu tolerieren sind. Das verschafft dem Produkt oder dem werbenden Unternehmen einen weiteren Popularitätsschub.

Meinungsfreiheit oder Geschmackszensur - ist das die Frage? Natürlich nicht im Sinne eines entweder - oder. Aber zwischen diesen Polen hat sich die Rechtsprechung zu bewegen. Festzuhalten ist die erfreuliche Klarstellung des BGH: § 1 UWG gestattet nicht die Geschmackszensur.<sup>8</sup> Im Laufe der Jahre hat die Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt, die für die Beurteilung, ob eine Werbung sittenwidrig ist oder nicht, ausschlaggebend geworden sind. Für die Einstufung geschmackloser Werbung als sittenwidrig sind danach insbesondere folgende Gesichtspunkte herangezogen worden:

#### • *Werbung mit sexistischen Inhalten*

Ein Getränkehersteller versah mit Likör gefüllte Miniaturflaschen mit Etiketten, die mit der Markenbezeichnung "Busengrapscher" bzw. "Schlüpferstürmer"

6 Hamburger Abendblatt vom 22.3.2000

7 z.B. in den Niederlanden, Belgien und Großbritannien

8 BGH GRUR 70, 557, 558; vgl. ferner LG Hamburg, NJW-RR 1989, 488

bedruckt waren. Um dem Verbraucher eine bessere Vorstellung zu vermitteln, was mit diesen Bezeichnungen gemeint sein sollte, befanden sich auf den Etiketten zusätzlich noch anzügliche Bild Darstellungen.

Der BGH hat diese Werbung als geschmacklos und sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG eingestuft, da die Wort- und Bild Darstellungen "in obszöner Weise den Eindruck der freien Verfügbarkeit der Frau in sexueller Hinsicht vermitteln und zugleich die Vorstellung fördern sollen, dass die so bezeichneten alkoholischen Getränke geeignet seien, solcher Verfügbarkeit für die angesprochenen sexuellen Handlungen Vorschub zu leisten."<sup>9</sup>

Das ist ein vertretbarer Standpunkt. Immerhin hatte aber das Berufungsgericht als Vorinstanz die Auffassung vertreten, die Werbung stelle keinen Verstoß gegen das UWG dar. Sie verletze noch nicht schamlos anstößig das sittliche Empfinden, da sich das Publikum längst an frivole Texte und sexbetonte Bilder gewöhnt habe.<sup>10</sup>

Dieses Argument enthält zwar eine zutreffende Feststellung; vermag diese aber die vorgenommene Wertung zu tragen? Führen Abstumpfung und Gewöhnung zur Verneinung der Sittenwidrigkeit? Wie lange Zeit und welches Ausmaß braucht Gewöhnung? Die Fragen zeigen, auf welchem schwankendem Terrain sich Rechtsprechung hier bewegt. Einigermaßen Richtschnur kann nur geben die Übereinstimmung darin, welches Rechtsgut in jedem einzelnen Fall geschützt werden muss. Im Falle "Busengrapscher"/ "Schlüpferstürmer" geht es um das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung, des Schamgefühls und der Nicht-Diskriminierung der Frau. In der Abwägung dieses verletzten Rechtsguts mit dem Rechtsgut des Werbungtreibenden auf Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) und Freiheit seiner wirtschaftlichen Entfaltung (Art. 2 GG) hat der BGH das erstere höher bewertet. Dem ist zuzu-

stimmen. Schon die für die Werbung verwendeten Vokabeln sind (nicht nur geschmacklos sondern) herabsetzend und die Würde der Frau verletzend.

In einem anderen Fall hatte das OLG München über eine Werbung zu entscheiden, bei der das Foto einer Frau, die ein schulterfreies Latexkostüm trug, sie in Gestalt einer Nixe erscheinen ließ. Auf diesem Kostüm war über die gesamte Länge ein Reißverschluss abgebildet. Neben der Frau stand das beworbene Produkt, eine Flasche Wodka. Über der Darstellung stand: "Hätten Sie nicht Lust, sie gleich zu öffnen?"<sup>11</sup> Diese Werbung sah das OLG München nicht als sittenwidrig an.

In diesem Sinne urteilte auch das LG Bayreuth,<sup>12</sup> das sich mit einer Likörflasche zu beschäftigen hatte, deren Etikett die Aufschrift "Scharfer Hüpfen" hatte. Das Etikett zeigt eine nackte Frau, die sich in der Gedankenblase eines Mannes befindet. Sie rekelte sich auf einem Bett und der Mann greift begierig nach ihrem Fußgelenk. Zum Zeitpunkt dieser Entscheidung lag das Urteil des BGH in Sachen "Busengrapscher"/ "Schlüpferstürmer" schon vor (vgl. Fußnote 9). Nach dessen Maßstab hätte das LG Bayreuth den von ihm entschiedenen Fall ebenso gut als sittenwidrig einstufen können - und müssen?

Hinsichtlich seiner Busengrapscher-Entscheidung musste sich der BGH Vorwürfe aus dem Schrifttum gefallen lassen, dass die Verbraucher in der Öffentlichkeit ohnehin an jedem Kiosk, in Boulevardzeitungen und nicht zuletzt auch im Fernsehen laufend mit ähnlichen Darstellungen konfrontiert würden. Mithin schwebte über dem Flaschenverbot ein Hauch des Unzeitgemäßen.<sup>13</sup> Das sehen freilich nicht alle so. Nicht alles, was von Teilen der Gesellschaft praktiziert werde, könne als Richtschnur für die Einstellung der Allgemeinheit herangezogen werden. Was verboten sei, müsse "nicht nach dem bestimmt werden, was ist, sondern nach

9 BGH GRUR 1995, 592, 594 f.

10 vgl. BGH GRUR 1995, 592, 594 f.

11 Urteil vom 13.5.1996; Az.: 1587/96

12 Urteil vom 29.3.1996; Az.: KH O 19/96

13 Ollers, EWiR 1995, 811, 812

dem, wie es sein soll.<sup>14</sup> Die Vertreter dieser Auffassung müssen sich jedoch die Frage stellen lassen, unter welchen Gesichtspunkten denn zu beurteilen ist, wie es sein soll. Eine demoskopische Erhebung bietet lediglich einen repräsentativen Querschnitt der Gesellschaft. Dem Minderheitenschutz muss Rechnung getragen werden. Soll eine Werbung verboten werden, sobald 51% der Bevölkerung sie für sittenwidrig hält? Oder erst bei 90%? Spielen regionale Besonderheiten eine Rolle? Man sieht - die Bandbreite, innerhalb derer unterschiedliche Betrachter zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist groß.

Noch einmal - nur die Frage nach dem jeweiligen Rechtsgut, das zu schützen und höher zu bewerten ist als das Grundrecht der wirtschaftlichen Betätigung, welches die Freiheit zur Werbung einschließt, vermag halbwegs verlässliche Orientierung zu bieten. Der gute Geschmack ist als solcher kein justiziables Rechtsgut. Erst wenn die gewählten Geschmacklosigkeiten den (schützenswerten) Wettbewerb verfälschen, etwa durch "übertriebenes Anlocken", durch "übersteigerte, anreißerische Werbung", ist die Wettbewerbshandlung als Verstoß gegen § 1 UWG einzuordnen.

#### • *Schockierende Werbung*<sup>15</sup>

Unter den Begriff der schockierenden Werbung lassen sich insbesondere die Werbekampagnen des italienischen Bekleidungs Herstellers Benetton einordnen, die nicht nur in Deutschland die Gerichte beschäftigt haben. Hierzu gehörten u.a. eine ölverschmierte Ente<sup>16</sup>, ein an Aids Gestorbener, der von seinen Angehörigen betrauert wird<sup>17</sup> sowie ein nacktes Körperteil eines Menschen, dass mit dem Stempel HIV-Positiv versehen ist.<sup>18</sup> Die Veröffentlichung dieser Anzeigen wurde von der deutschen Rechtsprechung untersagt. Andere Motive wie z.B. ein

Plakat, welches ein blutverschmiertes Neugeborenes zeigte, wurden hingegen nicht in Deutschland verboten. In den USA warb eine Versicherungsgesellschaft für eine von ihr angebotene Lebensversicherung mit den Todesschreien eines gerade von einer Brücke gestürzten Mannes.<sup>19</sup>

Die Firma Benetton begründete die Philosophie, die hinter ihrer Werbung steckte damit, dass sie eine bestimmte eigene Anschauung zu den dargestellten Problembereichen darstellen wolle (Meinungsfreiheit). Die Beworbenen könnten selbst entscheiden, ob sie sich mit dieser Anschauung solidarisieren möchten, indem sie die Produkte der Firma kauften - oder nicht.

Es handelt sich mithin um eine mittelbare Form der Produktwerbung. Ein direkter Bezug zu den Produkten, deren Umsatz gesteigert werden soll, existiert nicht. Aber nicht schon dieser Umstand, die fehlende Sachnähe, macht diese Werbung sittenwidrig. Es handelt sich um eine Variante der Imagewerbung, die als solche natürlich zulässig ist.<sup>20</sup>

#### • *Gefühlsbetonte Werbung*

Wettbewerbsrechtlich relevant werden diese Fälle jedoch unter dem Aspekt der "gefühlbetonten Werbung". Diese ist nach § 1 UWG unzulässig, wenn sie dem Prinzip des Leistungswettbewerbs widerspricht, weil sie den umworbenen Kunden unter Ausnutzung seiner Gefühle davon ablenkt, das beworbene Angebot auf seine Qualität und auf sein Preis-Leistungsverhältnis zu prüfen und damit die Kaufentscheidung "unsachlich" beeinflusst.<sup>21</sup>

Die umstrittene Benetton-Werbung (und ihr ähnliche Fälle) soll bei ihren Adressaten Entsetzen, Ablehnung, Empörung oder Mitleid erzeugen und dadurch Solidaritätsgefühle mit dem werbenden Unternehmen auslösen. Auf diese

14 Gaedertz/ Steinbeck, WRP 1996, 978, 98015 Begriff u.a. bei Henning-Bodewig, GRUR 1997, 180;

Baumbach/Hefermehl, Kommentar "Wettbewerbsrecht", 21. Auflage, 1999, § 1 UWG Rn. 187a ff.

16 BGH NJW 1995, 2488

17 LG Frankfurt, WRP 1992, 429

18 BGH NJW 1995, 2492

19 siehe Frankfurter Rundschau vom 30.1.1992: "Brutale Werbespots sollen Firmenkasse füllen"

20 Baumbach/Hefermehl, aaO § 1, Rn. 186a, 187a

21 Baumbach/Hefermehl, aaO § 1, Rn. 185

Weise sollen dessen Ansehen und seine Geschäftstätigkeit gesteigert werden, ohne dass die Werbung einen Informationswert für die beworbene Ware oder Leistung besitzt.<sup>22</sup>

Soweit, so gut - solange diese Gedankenkette aufgeht. Das war aber in der Benetton-Kampagne nicht der Fall, wie die Auseinandersetzungen innerhalb der Gruppe bewiesen. Es traten Umsatzrückgänge ein, die Franchisenehmer machten gegen den Franchisegeber Schadensersatzansprüche geltend. Also - die beabsichtigten Solidaritätsgefühle des Publikums wurden gar nicht geweckt; eher das Gegenteil trat ein. Sollen mit dem Wettbewerbsrecht Absichten sanktioniert werden? Die Schwäche der BGH-Rechtsprechung in diesen Fällen liegt darin, dass die unterstellte Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs gar nicht stattgefunden hat. Natürlich hat

Benetton eine bis heute andauernde Aufmerksamkeit erzeugt. Das aber will jede Werbung erreichen.

Wettbewerbsrechtlich unzulässig wird dieses Ergebnis dann, wenn es durch Rechtsverstoß erreicht wird - wie durch Verstoß gegen das Leitbild des Leistungswettbewerbs, durch Verletzung strafrechtlicher oder ordnungsrechtlicher Normen oder durch Verletzung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter, wie z.B. der Menschenwürde. Das letztere war der Fall in der "HIV-Positiv"-Werbung. Durch kommerzielle Ausnutzung im Wege der Schockwerbung ist hier die Würde und Intimsphäre der von der Krankheit befallenen Menschen verletzt. Das ist sittenwidrig nach § 1 UWG. Nur in solchen Fällen ist die von der Rechtsprechung vorzunehmende Grenzziehung richtig, notwendig und auch einigermaßen berechenbar möglich.

<sup>22</sup> Baumbach/Hefermehl, aaO, § 1, Rn. 187a